

Die Berufung im Zürcher Zivilprozess

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Urs K^uorner
von Willisau LU

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

1981

Zürich 1980
W. Schneider, Druckerei, Zürich

Die Berufung im Zürcher Zivilprozess



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Berufung im Zürcher Zivilprozess

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors

der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Urs Korner

von Willisau LU

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Zürich 1980

W. Schneider, Druckerei, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Disposition

1. KAPITEL:	<u>GESCHICHTLICHES</u>	1
§ 1	<u>Die Appelation im römischen Recht</u>	1
§ 2	<u>Die Appelation im deutschen Recht</u>	2
§ 3	<u>Die Entwicklung der Berufung im Kanton Zürich</u>	3
A)	Die Zeit vor 1798	3
B)	Die Helvetik	3
C)	Die Mediation	4
D)	Die Restauration	4
E)	Die Regeneration	4
F)	Die Zeit von 1848 - 1869	5
G)	Die Rechtspflege unter der neuen Kantonsverfassung von 1869	5
I)	Das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege von 1874	5
II)	Die Rechtspflegegesetze von 1911, 1913 und 1919	6
III)	Die Totalrevision von 1976	6
IV)	Die Berufung in der ZPO von 1913 und in der neuen ZPO	7
2. KAPITEL:	<u>VORAUSSETZUNGEN DER BERUFUNG</u>	7
§ 4	<u>Voraussetzungen der Berufung als Rechtsmittelvoraussetzungen</u>	7
A)	Begriff der Rechtsmittelvoraussetzungen	7
B)	Abgrenzung gegenüber dem Begriff der Prozessvoraussetzungen	7
C)	Keine Rechtsmittelvoraussetzungen: Legitimation und formgerechte Berufungserklärung	8
§ 5	<u>Voraussetzungen der Berufung im einzelnen</u>	9
A)	Zulässigkeit der Berufung	9
I)	Begriff der Zulässigkeit	9
II)	Berufungsfähige Entscheide	9
1)	Unter dem Gesichtspunkt der Entscheidungsform	9
a)	Allgemeines	9
b)	Die einzelnen Merkmale	9
aa)	Berufungsfähige Entscheide als Prozess- ledigende Entscheide	9
bb)	Berufungsfähige Entscheide als Sachurteile im materiellen Sinne	10

cc)	Berufungsfähige Entscheide als Sachurteile im formellen Sinne	10
dd)	Berufungsfähige Entscheide als Vor- Teil und Endurteile	11
aaa)	Teilurteile und Vorurteile	11
aaaa)	Gemeinsame Voraussetzungen	11
bbb)	Begriff und Unterschied von Teil- und Vorurteil	12
ccc)	Endurteile	12
2)	Berufungsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt der Entscheidungsinstanz	12
III)	Erforderliche Streitwerthöhe	13
1)	Vermögensrechtlich schätzbare Streitigkeiten	13
2)	Streitigkeiten, die ihrer Natur nach einer vermögensrechtlichen Schätzung nicht unterliegen	13
IV)	Vergleiche zur aZPO	14
B)	Beschwer als Voraussetzung der Berufung	14
I)	Begriff der Beschwer	14
1)	Formelle Beschwer	14
2)	Materielle Beschwer	15
II)	Verhältnis zwischen formeller und materieller Beschwer	15
III)	Rechtsneutralität der Beschwer	16
IV)	Beschwer und Rechtsschutzinteresse	16
V)	Rechtsgrundlage der Beschwer	16
VI)	Inhaltliche Grundlage der Beschwer	
1)	Grundsatz: Dispositiv als Grundlage der Beschwer	17
2)	Ausnahme: Entscheidungsgründe als Grundlage der Beschwer	17
VII)	Zürcher Praxis bezüglich der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung	17
1)	Grundsatz der Notwendigkeit einer formellen Beschwer	17
2)	Ausnahmen zum Erfordernis einer formellen Beschwer	17
a)	Tatbestand, wo eine Berufung schon am Fehlen einer materiellen Beschwer scheitert	17
b)	Genügen einer materiellen Beschwer	18
c)	Tatbestände, wo überhaupt keine Beschwer erforderlich ist	18

C)	Fehlen eines gültigen Rechtsmittelverzichts im weiteren Sinne als Voraussetzung der Berufung	18
I)	Begriff des Rechtsmittelverzichts im weiteren Sinne	18
II)	Begriff eines Rechtsmittelverzichts im engeren Sinne	19
1)	Form des Rechtsmittelverzichts im engeren Sinne	19
2)	Zeitpunkt des Rechtsmittelverzichts i.e.S.	19
3)	Umfang des Rechtsmittelverzichts i.e.S.	20
4)	Wirkungen des Rechtsmittelverzichts i.e.S.	20
III)	Fehlen eines Rechtsmittelrückzuges	20
1)	Form des Rückzuges	20
2)	Zeitpunkt des Rückzuges	20
3)	Umfang des Rückzuges	21
4)	Wirkungen des Rechtsmittelrückzuges	21
IV)	Der Rechtsmittelverzicht i.w.S. im Vergleich zwischen alter und neuer ZPO	21
D)	Kautions als Voraussetzung der Berufung	22
I)	Begriff der Prozesskaution	22
II)	Gesetzlich normierte Kautionsgründe im Berufungsverfahren	22
1)	Bei Kautionen für Gerichtskosten und Prozessentschädigung	22
a)	Kautionsgründe, die nur für den Berufungskläger oder den Anschlussberufungskläger gelten	22
aa)	Fehlender Wohnsitz in der Schweiz unter Vorbehalt von Staatsverträgen (ZPO 73 Ziff. 1)	22
aaa)	Grundsätzliche Uebereinstimmung mit dem Wohnsitzbegriff des ZGB	22
aaaa)	Bei den natürlichen Personen	22
bbbb)	Bei den juristischen Personen	23
bbb)	Abweichungen vom Wohnsitzbegriff des ZGB	23
aaaa)	bei den natürlichen Personen	23
bbbb)	bei den juristischen Personen	23
ccc)	Vorbehalt der Staatsverträge	24
bb)	Konkurseröffnung, Anordnung der Verwertung, Verlangen einer gerichtlichen Nachlasstundung (ZPO 73 Ziff. 2)	24

cc)	Bestehen provisorischer oder definitiver in- oder ausländischer Verlustscheine oder Pfandausfallscheine oder sonstiger Anschein von Zahlungsunfähigkeit (ZPO 73 Ziff. 3)	24
dd)	Schulden von Kosten oder Bussen (ZPO 73 Ziff. 25 4)	25
ee)	Liquidation oder Bewilligung des Aufschubs der Konkurseröffnung bei juristischen Personen oder Handelsgesellschaften (ZPO 73 Ziff. 5)	25
ff)	Kautionspflicht für Vereine oder Stiftungen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind (ZPO 73 Ziff. 6)	26
gg)	Kautionspflicht für Konkus- oder Nachlassmasse (ZPO 73 Ziff. 7)	26
b)	Kautionsgründe, die für beide Parteien gelten	26
aa)	Verheimlichter Wohnsitz oder Aufenthaltsort (ZPO 74)	26
aaa)	Grundsatz	26
bbb)	Ausnahme	27
2)	Bei Kautionen für die Gerichtskosten	27
III)	Kautionsgründe gemäss richterlicher Rechtsfindung	27
IV)	Kautionsgründe bei notwendiger Streitgenossenschaft	27
V)	Entbindung von der Kautionspflicht	28
VI)	Säumnisfolgen für den Berufungskläger	28
E)	Wahrung der Berufungsfrist als Voraussetzung der Berufung	28
I)	Begriff der Berufungsfrist	
II)	Eigenarten der Berufungsfrist	28
1)	Die Berufungsfrist als gesetzliche Frist	28
2)	Die Berufungsfrist als peremptorische Frist	29
3)	Die Berufungsfrist als Frist im engeren Sinne	29
4)	Die Berufungsfrist als Zwischenfrist	29
III)	Beginn des Fristenlaufs	30
IV)	Stillstand und Unterbruch der Berufungsfrist	32
V)	Erstreckung der Berufungsfrist	32
VI)	Ende der Berufungsfrist	32
VII)	Widerherstellung der Berufungsfrist	33
3. KAPITEL:	<u>SACHLEGITIMATION ZUR BERUFUNG</u>	34
§ 6	<u>Begriff der Sachlegitimation</u>	34

<u>§ 7</u>	<u>Zur Berufung Legitimierte</u>	34
A)	Parteien	34
I)	Einzelparteien	34
II)	Streitgenossenschaften	35
1)	Einfache Streitgenossenschaften	35
2)	Notwendige Streitgenossenschaften	35
a)	Aktivlegitimation	35
aa)	Grundsatz	35
bb)	Ausnahmen	35
aaa)	Generelle Ausnahme	35
bbb)	Einzelausnahmen	35
aaaa)	Gestaltungsklagen	35
bbbb)	Statusklagen	36
b)	Passivlegitimation	36
B)	Rechtsnachfolger der Parteien	36
I)	Singularsukzession	36
1)	Ohne Zustimmung der Gegenpartei	36
2)	mit Zustimmung der Gegenpartei	36
II)	Universalsukzession	37
C)	Haupt- und Nebenintervenienten	37
D)	Litisdenunzianten	37

4. KAPITEL: VERFAHRENSABLAUF

<u>§ 8</u>	<u>Allgemeine Ausführungen betreffend die Parteiprozesshandlungen</u>	38
A)	Begriff der Parteiprozesshandlungen	38
I)	Funktionale Begriffsbestimmung	38
II)	Finale Begriffsbestimmung	38
B)	Bedeutung der Begriffsbestimmung	39
C)	Auslegung der Parteiprozesshandlungen	39
D)	Grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit der Parteiprozesshandlungen	39

E)	Die Wahrung von Treu und Glauben, Sitte und Anstand bei Parteiprozesshandlungen	40
F)	Umfang der Parteiprozesshandlungen	40
G)	Verbesserung fehlerhafter Prozesshandlungen	40
H)	Rechtsfolgen unverbesserter fehlerhafter Prozesshandlungen	41
<u>§ 9</u>	<u>Berufungserklärung</u>	42
A)	Begriff der Berufungserklärung	42
B)	Form der Berufungserklärung	42
C)	Inhalt der Berufungserklärung	43
D)	Adressat der Berufungserklärung	43
E)	Frist für die Berufungserklärung	43
F)	Wirkung der Berufungserklärung	43
	I) Devolutiveffekt	43
	II) Suspensiveffekt	44
	III) Reformati- oder Kassationseffekt	44
<u>§ 10</u>	<u>Ueberweisung an die Berufungsinstanz</u>	45
<u>§ 11</u>	<u>Zulassungsverfahren</u>	45
<u>§ 12</u>	<u>Berufungsschrift</u>	46
A)	Begriff der Berufungsschrift	46
B)	Inhalt der Berufungsschrift	46
	I) Wenn der Kläger des Erstprozesses allein die Berufung erklärt	46
	1) Berufungsanträge	46
	2) Berufungsbegründung	48
	3) Noven	48
	a) Begriff der Noven und des Novenrechts	48
	aa) Begriff der Noven	48
	bb) Begriff des Novenrechts	49
	aaa) Novenrecht im objektiven Sinne	49
	bbb) Novenrecht im subjektiven Sinne	49
	b) Inhalt des Novenrechts	49
	aa) Tatsachenbehauptungen	49
	bb) Bestreitungen	50
	cc) Einreden im weiteren Sinne	50
	dd) Beweismittel	50
	ee) Anträge zur Sache	50
	aaa) Klageänderung	50
	aaaa) Begriff der Klageänderung	50
	bbbb) Grundsatz der Unzulässigkeit einer Klageänderung im Berufungsverfahren	51

cccc)	ZPO 200 als Ausnahme zum grundsätzlichen Verbot einer Klageänderung	51
bbb)	Widerklage-Widerklage	51
cc)	Schranken des Novenrechts	52
aaa)	Allgemeine Schranken	52
aaaa)	Unmittelbare Schranken	52
aaaaa)	Zeitablauf	52
bbbbb)	Erstinstanzliches Kontumazialurteil	52
bbbb)	Mittelbare Schranken	53
aaaaa)	Ordnungsbusse	53
bbbbb)	Kostentragung und Parteientschädigung	53
bbb)	Spezifische Schranken	53
aaaa)	Schranken für Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden	53
bbbb)	Schranken für Beweismittel	53
cccc)	Schranken für Anträge zur Sache	53
aaaaa)	Bei der Widerklage-Widerklage	54
bbbbb)	Bei der Klageänderung	54
aaaaaa)	Zwingende Schranken	54
aaaaaaa)	Enger Zusammenhang von neuem und bisherigem Anspruch	54
bbbbbbb)	Wahrung der Zuständigkeit	54
bbbbbbb)	Ermessensschranken	54
aaaaaaa)	Keine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Beklagten	54
bbbbbbb)	Keine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens	55
II)	Wenn der Beklagte des Erstprozesses allein die Berufung erklärt	55
1)	Berufungsanträge und Berufungsbegründung	55
2)	Noven	55
a)	Grundsätzlicher Verweis auf § 12 I/3	55
b)	Widerklage	55
aa)	Begriff der Widerklage	55
bb)	Legitimation bei der Widerklage	56
aaa)	Aktivlegitimation	56
bbb)	Passivlegitimation	56

cc)	Schranken der Widerklage	56
aaa)	Allgemeine Schranken	56
bbb)	Spezifische Schranken	56
aaaa)	Oertliche und sachliche Zuständigkeit	56
bbbb)	Gleiches Verfahren	57
cccc)	Rechtshängigkeit der Hauptklage	57
III)	Wenn sowohl Kläger als auch Beklagter des erstinstanzlichen Prozesses Berufung erklären	58
C)	Rechtsfolgen einer mangelhaften Berufungsschrift	58
I)	Bei Fehlen von Berufungsanträgen	58
II)	Bei fehlender Begründung	58
III)	Bei Fehlen von Noven	59
D)	Frist für die Berufungsschrift	59
E)	Wirkungen der Berufungsschrift	59
I)	Wirkungen bezüglich der Rechtskraft	59
II)	Wirkungen bezüglich des Kognitionsbereiches der Berufungsinstanz	60
III)	Wirkungen bezüglich der Frist für die Berufungsantwort und die Anschlussberufung	60
§ 13	<u>Berufungsantwort</u>	60
A)	Begriff der Berufungsantwort	60
B)	Inhalt der Berufungsantwort	61
I)	Grundsätzlicher Verweis auf § 12 B	61
II)	Klageanerkennung	61
1)	Begriff und Rechtsnatur der Klageanerkennung	61
2)	Voraussetzungen der Klageanerkennung	62
a)	Bestehen eines Prozesses	62
b)	Zuständigkeit des Gerichts	62
c)	Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit	62
3)	Schranken der Klageanerkennung	63
a)	Offizialmaxime	63
b)	Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit	63
4)	Legitimation zur Klageanerkennung	63
a)	Hauptparteien	63
b)	Nebenparteien als nur Passivlegitimierte	63
c)	Prozessbevollmächtigter	64
d)	Vormund	64
e)	Streitgenossen	64

aa)	Einfache Streitgenossen	64
bb)	Notwendige Streitgenossen	65
5)	Form einer Klageanerkennung	65
6)	Anfechtung der Klageanerkennung	65
7)	Wirkungen der Klageanerkennung	66
III)	Anschlussberufung	66
1)	Begriff und Rechtsnatur der Anschlussberufung	66
2)	Voraussetzungen der Anschlussberufung	67
3)	Legitimation zur Anschlussberufung	67
a)	Hauptparteien	67
b)	Nebenparteien	68
c)	Streitgenossen	68
aa)	Einfache Streitgenossen	68
bb)	Notwendige Streitgenossen	69
4)	Inhalt der Anschlussberufung	69
5)	Form der Anschlussberufung	69
6)	Rechtsfolgen einer mangelhaften Anschlussberufung	69
a)	Bei Fehlen von Anträgen	69
b)	Bei fehlender Begründung	70
c)	Beim Fehlen von Noven	70
7)	Wirkungen der Anschlussberufung	70
C)	Frist für die Berufungsantwort	70
D)	Rechtsfolgen einer mangelhaften Berufungsantwort	70
E)	Wirkungen der Berufungsantwort	70
<u>§ 14</u>	<u>Prozessvergleich und Vergleichsverhandlung</u>	70
A)	Begriff und Rechtsnatur des Prozessvergleichs	70
B)	Form des Prozessvergleichs	72
C)	Voraussetzungen und Schranken des Prozessvergleichs	72
D)	Legitimation zum Abschluss eines Prozessvergleichs	73
I)	Hauptparteien	73
II)	Vertreter	73
III)	Notwendige Streitgenossen	74
IV)	Einfache Streitgenossen	74
V)	Nebenparteien	74
1)	Nebenintervenient	74
2)	Litisdenunziat	75
VI)	Hauptintervenient	75
E)	Anfechtung des Prozessvergleiches	75
F)	Wirkungen des Prozessvergleiches	75

	I)	Materiellrechtliche Wirkungen	75
	II)	Prozessuale Wirkungen	76
<u>§ 15</u>		<u>Berufungsverhandlung</u>	76
	A)	Grundsatz: Recht der Parteien auf mindestens zwei Vorträge bzw. Rechtsschriften	76
	B)	Ausnahmen zum Grundsatz	78
		I)	Verzicht auf Replik und Duplik
		II)	Säumnis der Parteien
		1)	Säumnis des Klägers
		2)	Säumnis des Beklagten
<u>§ 16</u>		<u>Urteilsverfahren</u>	80
	A)	Kognitionsbereich der Berufungsinstanz	80
		I)	Das grundsätzliche Verbot der reformatio in pejus
		1)	Begriff der reformatio in pejus
		a)	Reformatio in pejus im weiteren Sinne
		b)	Reformatio in pejus im engeren Sinne
		II)	Schranken des Verbots der reformatio in pejus
		1)	Offizialmaxime
		2)	Richterliche Prozessleitung
		a)	Formelle richterliche Prozessleitung
		b)	Materielle richterliche Prozessleitung
		3)	Iura novit curia
		3)	Alternative Klagen gegen verschiedene Beklagte
	B)	Prüfung der Berufungsanträge	85
	C)	Der Berufungsentscheid	88
		I)	Arten des Berufungsentscheides
		1)	Neuer Endentscheid der Berufungsinstanz
		a)	Grundsatz der Nichtrückweisung
		b)	Form und Inhalt des neuen Endentscheides
		aa)	Form
		bb)	Inhalt
		2)	Rückweisungsbeschluss
		a)	Rechtsnatur des Rückweisungsbeschlusses
		b)	Rückweisungsgründe

c)	Umfang des Rückweisungsbeschlusses	91
d)	Bindung der Vorinstanz an den Rückweisungsbeschluss	91
aa)	Grundsätzliche Bindung bezüglich der Rechtsfragen	91
bb)	Schranken der Bindung	92
e)	Bindung der Berufungsinanz an ihren eigenen Rückweisungsbeschluss	93
f)	Anfechtung des Rückweisungsbeschlusses	95
g)	Berufung gegen den neuen Entscheid der unteren Instanz	95
II)	Rechtskraft des Berufungsentscheides	95
1)	Formelle Rechtskraft	95
2)	Materielle Rechtskraft	96
5. KAPITEL:	EXTERNE KOSTENTRAGUNG DER PARTEIEN IM <u>BERUFUNGSVERFAHREN</u>	98
	Vorbemerkungen	98
<u>§ 17</u>	<u>Grundbegriffe</u>	98
A)	Prozesskosten	98
B)	Gerichtliche Kosten	98
C)	Aussergerichtliche Kosten	100
D)	Vorprozessuale Kosten	100
E)	Vorläufige und endgültige Kostentragung	101
F)	Ordentliche und ausserordentliche Prozesskostenersatzpflicht	101
<u>§ 18</u>	<u>Die Regelung der externen Kostentragung der Parteien im Berufungsentscheid</u>	102
A)	Ordentliche Prozesskostenersatzpflicht	102
I)	Ersatzpflicht für gerichtliche Kosten	102
1)	Erstinstanzliche gerichtliche Kosten	102
2)	Gerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens	103
a)	Grundsatz	103
aa)	Wenn eine Partei vollständig obsiegt	103
bb)	Wenn keine Partei vollständig obsiegt	103
b)	Ausnahmen und Sonderregelungen	104
aa)	Ausnahme gemäss ZPO 64 III	104
bb)	Die ordentliche Kostenersatzpflicht bei Gegenstandslosigkeit und Vergleich	104

II)	Ersatzpflicht für ausserordentliche und vor- prozessuale Kosten im Rahmen der ordentlichen Prozesskostenersatzpflicht	105
B)	Ausserordentliche Prozesskostenersatzpflicht	105
6. KAPITEL:	<u>DIE BERUFUNG IM RECHTSMITTELSYSTEM</u>	107
	(Uebersicht)	107
<u>§ 19</u>	<u>Begriff des Rechtsmittels</u>	107
<u>§ 20</u>	<u>Rechtsmittelmerkmale der Berufung</u>	108
A)	Die Berufung als kantonales Rechtsmittel	108
B)	Die Berufung als grundsätzlich suspensives Rechtsmittel	108
C)	Die Berufung als grundsätzlich reformatives Rechtsmittel	108
D)	Die Berufung als grundsätzlich devolutives Rechtsmittel	108
E)	Die Berufung als ordentliches Rechtsmittel	108
F)	Die Berufung als grundsätzlich vollkommenes Rechtsmittel	109
G)	Exkurs: Berufung im Verhältnis zum Rekurs	109

LITERATURVERZEICHNIS

- Ammann, Niklaus, Die Entschädigungspflicht der Parteien im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1971
- Bauhofer, Arthur, Die Justizverwaltung im Kanton Zürich, SJZ 42 S. 299 f.
- Baumgärtel, Gottfried, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 2. Aufl., Leuchtershausen 1972
- Bettermann, Karl August, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozess, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), (Berlin) 82 (1969) 24
- Birchmeier, W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 6.12.1943, Zürich 1950
- Bluntschli, Johann Caspar, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2 Bde., 2. Aufl., Zürich 1856
- Brox, Hans, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung, ZZP 81 (1968) 379
- Brunner, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 2 Bde., 3. Aufl., Berlin 1961
- Bühler, M. Walter, Das Ehescheidungsverfahren, ZSR 74 S. 347 a
- Bülow, Oskar, Die Lehre von den Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868
- Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, 2 Bde., 2. Aufl., Karlsruhe, 1962
- Egger, August, Zürcher Kommentar zum Personen- Familien- und Vormundschaftsrecht, 4. Bde., 2. Aufl., 1930, 1936, 1943, 1948
- Fehr, Hansjörg, Das Novenrecht, Seine Ausgestaltung in der Appellation der schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1949
- Fritzsche, Hans, Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich, Zürich 1931
- Fritzsche, Hans, Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bde., 2. Aufl., Zürich 1975
- Fürst, Hans, Beitrag zur Lehre vom Prozessvergleich im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1927
- Gilles, Peter, Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt a.M., 1972
- Guldener, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- Guldener, Max, Internationales und interkantonales Zivilprozessrecht der Schweiz, Supplement, 1959, zitiert IZR
- Guldener, Max, Klage- und Anklageänderung im Zürcher Recht, Festschrift für Prof. Pfenninger, Zürich 1956

- Guldener, Max, Wiederherstellung bei Verschulden von Hilfspersonen? SJZ 55 S. 369 ff.
- Habscheid, Walter J., Droit judiciaire privé suisse, Genf 1975
- Hägi, Ernst, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1974
- Haemmerli, J., Die Abänderung und die Anfechtung von prozessleitenden Erlassen, Diss. Zürich 1955
- Hasler, Ernst, Die Rückweisung im Zivilprozess nach Zürcher Recht, Diss. Zürich 1971
- Hauser, Robert, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975), S. 531
- Hauser, Willy/Hauser, Robert, Gerichtsverfassungsgesetz vom 29.1.1911, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1978
- Hess, Lothar, Die Klageänderung im Zürcher Prozessrecht, Diss. Zürich 1956
- Huber, Armin J., Die Klageanerkennung nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1954
- Imboden, Max, Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944
- Imboden, Max/Rhinow, Rene, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bde., 5. Aufl., Basel 1976
- Jäggi, Peter, Rechtsgutachten betreffend vorprozessuale Vertretungskosten, erstattet an Helvetia Unfall, Schweizerische Versicherungsgesellschaft Zürich, Freiburg 1962
- Kälin, Franz, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg 1949
- Kaser, Max, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966
- Kaspa, Bernhard-Michael, Das Verbot der reformatio in pejus, Schriften zum Prozessrecht, Bd. 46, Berlin 1976
- Kehl, Robert, Die zürcherische Praxis betreffend unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Verbeiständung, Zürich 1957
- Kummer, Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1978
- Kummer, Max, Berner Kommentar, Bd. I, 1. Abt., Kommentar zu Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Bern 1966
- Largiadèr, Anton, Geschichte von Stadt und Landschaft Zürich, Zürich 1945

- Leuch, Georg, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern, 1956
- Levi, Robert, Der Richter als Vermittler, SJZ 63 S. 255 f.
- Luxemburg, Lothar, Zur Lehre von den mangelhaften Parteihandlungen im Zivilprozess und ihre Heilung, Diss. Erlangen 1936
- Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Zürich 1973
- Meier-Hayoz, Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951
- Meier-Hayoz, Arthur, Berner Kommentar, Einleitungsband, (Art. 1 und 4 ZGB) Bern 1966
- Meier, Isaak, Iura novit curia, Diss. Zürich 1975
- Menzel, Rudolf, Der Verzicht auf Rechtsmittel des Zivilprozesses, Diss. Zürich 1951
- Niese, Werner, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, Göttingen 1950
- Ohndorf, Wolfgang, Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer im deutschen Zivilprozessrecht, Diss. München, in: Schriften für Prozessrecht 28, Berlin 1972
- Orestano, Riccardo, L'appello civile in diritto romano, Neudruck der 2. Aufl., Leipzig 1858, Aalen 1964
- Ricci, Hans-Peter, Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Diss. Zürich 1955
- Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, Kommentar, 12. Aufl., München 1977
- Schüepp, Renzo, Der Berufungsantrag im Zivilprozess, Diss. Zürich 1979
- Schuller, Siegfried, Die Berechnung des Streitwertes, Diss. Zürich 1974
- Seethaler, Frank, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946
- Sträuli, Hans/Hauser, Willy, Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1939
- Sträuli, Hans/Messmer, Georg/Wiget, Felix, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, Kommentar, Zürich 1976
- Sträuli, Thomas, Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1966
- Tour/Picenoni, Berner Kommentar zum Erbrecht, 2. Aufl., 2 Bde., Bern 1952/1964
- Völki, Regula, Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Diss. Zürich 1934

Walder, Hans-Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Aufl., Zürich 1979

Walder, Hans-Ulrich, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischen Recht, Habil. Zürich 1966

Walder, Hans-Ulrich, Die Offizialmaxime, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 1, Zürich 1973

Wettstein, Walter, Die Regenerationsverfassung des Kantons Zürich vom Jahre 1831, Zürich 1907

Wüthrich, W., Teilklage und Teilurteil, Diss. Zürich 1952

Zeitschriften, Gesetze und Materialien

aGVG	Gesetz betreffend das Gerichtsverfahren im allgemeinen vom 29. Januar 1911 (OS 29,72)
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
aZPO	Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913 (OS 25,225)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 (OS 46,209)
KV	Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869 (SR 131.211)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943 (SR 173,110)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30.3.1911/18.12.1936 (SR 220)
OS	Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des eidgenössischen Standes Zürich
Prot. EK	Protokoll der Expertenkommission
Prot. KK	Protokoll der kantonsrätlichen Kommission
RRB	Beschluss des Regierungsrates
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. 4. 1889 (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StPO	Strafprozessordnung vom 4.5.1919 (ZG 6,395)
VZG	Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23.4.1920 (SR 281.42)
Wsg.	Weisungen des Regierungsrates (Amtsblatt)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

XVIII

- ZG Bereinigte Zürcher Gesetzessammlung per 1.1.1961
- ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
- ZR Blätter für zürcherische Rechtssprechung
- ZPO Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13.6.1976
(OS 46,139).

VORBEMERKUNG

Die in der Volksabstimmung vom 8. Juni 1980 angenommene Teilrevision von GVG, ZPO und Anwaltsgesetz ist in der vorliegenden Dissertation noch nicht verarbeitet. ZPO 259 bleibt in Ziff. 1 und 2 unverändert, wird jedoch um eine Ziffer 3 ergänzt: Danach ist die Berufung unter den Voraussetzungen von Ziff. 1, d.h. bei einem Fr. 5'000.-- übersteigenden oder der Natur der Sache nach nicht schätzbaren Streitwert zulässig gegen Vor-, Teil- und Endurteile der Mietgerichte, wenn sie sich nicht ausschliesslich auf Begehren gemäss neu § 18 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 GVG beziehen. Letztere sind einerseits Begehren um Erstreckung von Miet- und Pachtverhältnissen gemäss Art. 267 a-d und 290 OR sowie Art. 24 ter des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (neu § 18 Abs. 1 lit. a GVG), anderseits Nebenbegehren, welche mit Klagen nach neu § 18 Abs. 1 lit. a GVG verbunden werden können, wie über die Gültigkeit einer Kündigung oder über Gegenstände, die vertraglich zusammen mit Wohn- und Geschäftsräumen zum Gebrauch überlassen werden (Mobilien, Garagen, Auto- Einstell- und Abstellplätze), sofern das Verfahren dadurch nicht ungebührlich verzögert wird (neu § 18 Abs. 2 GVG). Bei zeitlicher Dringlichkeit hat die Berufungsinstanz von Amtes wegen über Begehren gemäss neu § 18 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 GVG das Verfahren nach den Bestimmungen über den Rekurs durchzuführen (neu § 259 Ziff. 3. 2. Halbsatz ZPO). Ein diesbezüglicher Parteiantrag kann schon in der Berufungserklärung, aber auch erst in der Berufungsschrift gestellt werden (ZPO 264).

Das Recht zur berufsmässigen Vertretung und Verbeiständung von Personen in Mietstreitigkeiten im engeren Sinne (neu § 18 Abs. 1 lit. a GVG) vor den zuständigen zürcherischen Gerichten (vgl. neu § 18 GVG) und somit auch vor der Berufungsinstanz steht künftig auch Personen offen, die kein Anwaltspatent besitzen, z.B. Sekretären von Mieter- oder Vermieterverbänden (neu § 1 Abs. 1 Anwaltsgesetz).

Insoweit sind die Ausführungen auf S. 7, 12 und 13 der Dissertation zu korrigieren.

DANKSAGUNG

Herrn Prof. Dr. Robert Hauser danke ich herzlich für die Betreuung meiner Dissertation. Dank schulde ich auch Herrn Obergerichter Dr. Frank, der mir Einblick in seine private Sammlung wichtiger unveröffentlichter Entscheide des Zürcher Obergerichts gewährte.

Da aber die massgeblichen Entscheide des Zürcher Obergerichtes fast durchwegs in den Blättern für zürcherische Rechtssprechung publiziert und auch in der neueren Literatur verarbeitet worden sind, verweist die vorliegende Dissertation nur vereinzelt auf nicht veröffentlichte Entscheide.

1. KAPITEL: GESCHICHTLICHES

§ 1 DIE APPELLATION IM ROEMISCHEN RECHT

Ursprünglich kannten die Römer keine strenge Behördenhierarchie und damit keine Subordination der einen Instanz unter die andere (1). Zur Abwehr richterlicher Fehlurteile bestanden drei Rechtsinstitute: die in integrum restitutio (2), die querela (3) und die intercessio. Die Appellation entwickelte sich in der Kaiserzeit aus der intercessio. Seit jeher konnte eine Magistratsperson gleichen oder höheren Ranges oder ein Volkstribun von einer Partei angerufen werden, wenn sie glaubte, das Urteil des iudex sei nicht richtig. Das Begehren ging dahin, in die Jurisdiktion der anderen Magistratsperson hemmend, nicht aber reformierend einzugreifen (interdicere).

Im Gegensatz zu den früheren Magistraten bekleidete der Kaiser sein Amt nicht bloss für ein Jahr und seine Amtsgewalt erstreckte sich nicht bloss auf Rom, sondern auf das ganze Imperium. Die Befugnis des Kaisers, mittels intercessio einzugreifen war somit von weitaus grösserer Bedeutung als in der Vorkaiserzeit und es entwickelte sich bald eine förmliche Appellation (4), d.h. das Urteil wurde nicht bloss gehemmt, sondern auch reformiert. Schon Augustus gestattete in allen Prozessen eine Oberberufung. In einer ersten Stufe richtete sich die Appellation an den praefectus urbi, der für die Stadt Rom zuständig war, bzw. an die Consulares in Rom, welche für die Provinzen eingesetzt waren. Gegen deren Entscheide konnte schliesslich an den Kaiser selbst appelliert werden. Die Appellation richtete sich gegen jegliche Art formell gültiger Entscheidungen, wobei eine Zeit von zwei, drei oder fünf Tagen zu beachten war. Das Verfahren konnte schriftlich oder mündlich eingeleitet werden. Nova waren zulässig (5). Die Appellation wirkte suspensiv und reformatorisch. Im weiteren Verlauf der Geschichte wurde das Verfahren zusehends verfeinert, namentlich konnte vom iudex an denjenigen Magistraten appelliert werden, welcher den iudex bestellt hatte (6).

1 vgl. Rein, a.a.O., S. 957 ff.
2/3 Rein, a.a.O., S. 958 ff.
4 in einzelnen: Orestano, a.a.O.
5 Kaser, a.a.O., S. 506 ff.
6 Rein, a.a.O., S. 9670 f.

§ 2 DIE APPELLATION IM DEUTSCHEN RECHT

In ältester germanischer Zeit war ein Rechtsmittel unbekannt. Die Rechtsprechung erfolgte durch das Thing, d.h. die Volksversammlung, wo es keine Ueber- und Unterordnung gab (1). War eine Partei mit einem Urteil nicht einverstanden, so konnte sie es schelten. Auch der Richter (Verfahrensleiter) und jeder Dingmann war zur Urteilsschelte befugt (2). Die Schelte behauptete, dass die Urteiler das Recht nicht sagen wollten, nicht etwa, dass sie es nicht kannten. Die Urteilsschelte beinhaltet also den Vorwurf wissentlicher Pflichtverletzung. Der Scheltende durfte sich nicht auf den Widerspruch gegen das gescholtene Urteil beschränken. Er musste vielmehr selbst ein Gegenurteil vorlegen. Am Scheltungsverfahren sind nur der Scheltende und die Urteilsbefinder beteiligt, nicht jedoch der Widersacher des Scheltenden (3).

Das Scheltungsverfahren hat somit als Zwischenverfahren mit der Appellation der römisch-kanonischen Prozessrechtes nichts gemein. Das Verfahren der Urteilsschelte entscheidet sich durch Zweikampf, mitunter durch Beizug von Eidhelfern.

Noch in fränkischer Zeit entwickelte sich das Scheltungsverfahren zu einem förmlichen Rechtszug. Nun entschieden Oberhöfe, insbesondere das Königsgericht über das gescholtene Urteil. Diese Entwicklung beruht darauf, dass sich die Stellung des Richters verändert hat. Er ist nicht mehr bloss Leiter des Verfahrens, der das Urteil von den Dingenossen erfragt, sondern er selbst erlässt ein Rechtsgebot (4). War die Urteilsschelte eine volkrechtliche Form der Abwehr von Fehlurteilen, so war der förmliche Rechtszug das amtsrechtliche Pendant (5). Erst das Mittelalter bringt eine Trennung von Strafverfahren und bürgerlichem Verfahren (6). Mit der Rezeption des 15. und 16. Jahrhunderts wirken sich auch zusehends römisch-kanonistische Elemente auf das Verfahren aus (7).

1 Conrad, a.a.O., S. 28 ff., Bd. I

2 Brunner, a.a.O., S. 474 ff.

3 Brunner, a.a.O., S. 475

4 Brunner, a.a.O., S. 479 f.

5 Brunner, a.a.O., S. 480

6 Conrad, a.a.O., Bd. I, S. 385

7 Conrad, a.a.O., S. 338, Bd. I

§ 3 DIE ENTWICKLUNG IM KANTON ZUERICH

A) DIE ZEIT VOR 1798

Noch im 14. Jahrhundert besteht in der Stadt Zürich keine eigentliche Appellation. Zwar ist bereits ein Zug vom Schultheissengericht an den kleinen Rat möglich, doch im Gegensatz zur Appellation liegt die Ausübung dieses Zugrechtes einzig und allein im Ermessen der Richter, die in einer Mehrheitsentscheid unterlegen sind. Das Zugrecht ist demnach kein Recht der Parteien und es setzt nicht ein einstimmiges Urteil voraus (1).

Eine Appellation entsteht gegen Ende des 14. Jahrhunderts auf der Landschaft. Dies hat folgenden Grund: Hätte nur ein Zugrecht an den Kleinen Rat der Stadt bestanden, so wäre dieses Recht weitgehend ein Papiertiger geblieben. Die Erfahrung zeigte nämlich, dass die Urteiler in den Landgerichten, die alteingesessene Leute waren, in der Regel lieber ihre Minderheitsmeinung aufgaben als die Unabhängigkeit ihres Landgerichtes dadurch zu gefährden, dass sie ihr Zugrecht wahrnahmen und somit das Landgericht der Autorität des städtischen Kleinen Rates unterwarfen. Um ihre Vorherrschaft durchzusetzen, ordnete die Stadt eine Appellation für die Landgerichte an und übernahm diese später selbst auch für die Stadtgerichte (2). Die Appellation richtete sich an die "Exekutive", den Kleinen Rat der Stadt Zürich, der 50 Mitglieder zählte (3) (eine strenge Trennung der Staatsfunktionen kann allerdings für diese Zeit nicht vorgenommen werden). Eine einheitliche Gerichtsverfassung bestand im übrigen nicht. In geringem Umfange gab es noch Patrimonialgerichtsbarkeit. Gewissen Geschlechtern war die Niedergerichtsbarkeit und die damit verbundenen Einkünfte zu erblichem Recht übertragen worden. Ferner sprachen einzelne Korporationen Recht in eigener Kompetenz und ohne Appellationsmöglichkeit (z.B. Winterthur) (4).

B) DIE HELVETIK (1798 - 1803)

Die französische Revolution brachte mit ihren Uebergriffen in die Schweiz Zentralismus und Gewaltentrennung mit sich (5). In der ganzen Eidgenossenschaft

1 Bluntschli, a.a.O., Bd. I, S. 404

2 Bluntschli, a.a.O., Bd. I, S. 404

3 Fritzsche, a.a.O., S. 9 ff.

4 Fritzsche, a.a.O., S. 10 ff.

5 Fritzsche, a.a.O., S. 19 f.

sollten einheitliche materielle und prozessuale Gesetze geschaffen werden. Gemäss Gerichtsverfassungsgesetz von 1798 wurden in jedem Kanton Distriktsgerichte und ein Kantonsgericht geschaffen. Die Appellationen richteten sich an das Kantonsgericht. Als oberstes Gericht amtierte das Tribunal suprême, ein erstes Brundesgericht (1). Die Bemühungen um eine einheitliche Gerichtsverfassung und Zivilprozessordnung blieben jedoch in den Anfängen stecken (2).

C) DIE MEDIATION (1803 - 1814)

Napoleon Bonaparte gab der Schweiz am 19. Hornung 1803 eine neue Verfassung, die eine deutliche Rückkehr zu den vorrevolutionären Zuständen brachte (3). Die Kompetenzen auf dem Gebiet der Justiz fielen wieder an die Kantone zurück. Einzig eine Zersplitterung der Gerichte wie in vorrevolutionären Zeiten konnte verhindert werden. Der Kanton Zürich gliederte sich in fünf Bezirke. Mit Ausnahme der Stadt Zürich wurden die übrigen vier Bezirke jeweils in dreizehn sog. Zünfte (entsprechen ungefähr einem Kreis) unterteilt. Für jeden Bezirk wurde ein Bezirksgericht, für jede Zunft ein Zunftgericht geschaffen. Appellationsinstanz war das Obergericht (4).

D) DIE RESTAURATION (1814 - 1830)

Nach dem Sturz Napoleons anerkannten die Siegermächte Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz (5). Die zweiundzwanzig souveränen Kantone verbündeten sich im Bundesvertrag vom 7. August 1815. Die Kantonsverfassung vom 11. Brachmonat 1814 sprach sich im Unterschied zur Mediationsverfassung aus über den Einzelaufbau der Gerichte. Der Kanton wurde in elf Bezirke eingeteilt, die Zunftgerichte abgeschafft. In jedem Bezirk bestand ein Amtsgericht. Das Obergericht entschied als Appellationsinstanz über Zivil- und Strafsachen, sofern letztere nicht malefizisch waren. Für Todesstrafen bestand ein Malefizgericht.

E) DIE REGENERATION (1831 - 1848)

Die Repräsentativ-Verfassung Zürichs vom 10. März 1831 war gekennzeichnet durch eine Welle der Liberalisierung, die von der Juli-Revolution Frankreichs

- 1 Fritzsche, a.a.O., S. 21 f.
- 2 zur Geschichte: vgl. Anton Largiadèr, a.a.O.
- 3 Fritzsche, a.a.O., S. 20 ff.
- 4 Fritzsche, a.a.O., S. 24
- 5 Fritzsche, a.a.O., S. 29 ff.

im Jahre 1830 ausging (1) und eine Demokratisierung mit sich brachte. Als Folge der betonten Gewaltenteilung wurde das Obergericht mit weitgehender Unabhängigkeit bedacht. Am 7. Brachmonat 1831 wurde vom Grossen Rat das "organisatorische Gesetz über das Gerichtswesen im allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege insbesondere" erlassen (2). Das Obergericht war zuständig für die Urteile des Kriminalgerichtes und der elf Bezirksgerichte, wenn der Streitwert Fr. 160.-- überstieg, als Rekurs- und Appellationsinstanz. Das Organisationsgesetz führte wieder Zunftgerichte und neu Friedensgerichte ein. Es enthielt aber nur wenige zivilprozessuale Bestimmungen, so dass es vorerst noch an einer Kodifikation der Zivilprozessordnung fehlte (3).

F) DIE ZEIT VON 1848 - 1869

Auch nach Errichtung des schweizerischen Bundesstaates bedurfte es im Kanton Zürich noch für jede Aenderung der Gerichtsorganisation einer Aenderung der Kantonsverfassung (4). Ein Schwurgericht wurde eingeführt, die Zunftgerichte durch Kreisgerichte ersetzt und ein Handelsgericht wurde geschaffen.

Ein erster Entwurf für eine Kodifikation der Zivilprozessordnung von Obergerichter Hans Georg Finsler (1800 - 1863) lag im Jahre 1844 vor, wurde aber abgelehnt. Ein unter Justizdirektor Johann Jakob Treichler (1822 - 1906) zustandegekommener Entwurf führte schliesslich zu einer umfassenden Kodifikation der Rechtspflege. Die drei Gesetze vom 30. Weinmonat 1866 betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen, die Zivilprozessordnung und die Strafprozessordnung. Dazu gesellte sich das Gesetz über die Ordnungsstrafen vom selben Tag, das heute noch gilt (5).

G) DIE RECHTSPFLEGE UNTER DER NEUEN KANTONSVERFASSUNG VON 1869

I) Das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege von 1874

Der 31. März 1869 brachte dem Kanton Zürich die heute noch geltende Kantonsverfassung (6). Organisation, Zahl, Kompetenz und Verfahren der Gerichte

- 1 Walter Wettstein, a.a.O., S. 407
- 2 Fritzsche, a.a.O., S. 44 f.
- 3 Fritzsche, a.a.O., S. 44 f.
- 4 Fritzsche, a.a.O., S. 69 ff.
- 5 Walder, a.a.O., S. 46 f.
- 6 OS 14, 549

wurden neu durch den Gesetzgeber bestimmt, nicht mehr durch den Verfassungsgesetzgeber (1). Das neue "Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege" vom 2. Christmonat 1874, das am 1. Januar 1875 in Kraft trat (2), führte einige Neuerungen ein. Unter anderem wurde ein Kassationsgericht geschaffen (3) und die Beratung bei Obergericht und Kassationsgericht für öffentlich erklärt (4).

II) Die Rechtspflegegesetze von 1911, 1913 und 1919

Die zunehmende Rechtsvereinheitlichung in der Schweiz sowie neue organisatorische Aufgaben der Rechtspflege führten zu einer Totalrevision des Rechtspflegegesetzes von 1874 (5). Der code unique wurde in drei Codices aufgespalten. So entstand: ein neues Gerichtsverfassungsgesetz (6), eine neue Zivilprozessordnung (7) und eine neue Strafprozessordnung (8). Die neuen Gesetze lehnten sich inhaltlich stark an das alte Recht an (9).

III) Die Totalrevision von 1976

In den folgenden Jahren kam es zu zahlreichen kleinen Teilrevisionen, wobei nur eine Revision von 1935 grössere Änderungen mit sich brachte (10). 1963 nahm man eine Totalrevision in Angriff (11).

So entstanden 1976 die neue Zivilprozessordnung (12) und ein neues Gerichtsverfassungsgesetz (13) (14). Die Frage, ob die Urteilsberatung am Obergericht

- 1 KV 58 Abs. 1
- 2 OS 18, 57 / vgl. ferner: Gesetz betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen über die zürcherische Rechtspflege vom 13. Brachmonat 1880, OS 20, 169 / vgl. Sträuli/Sträuli, a.a.O.
- 3 vgl. Fritzsche, das zürcherische Kassationsgericht, SJZ 57 (1961), S. 267 ff.
- 4 Fritzsche, a.a.O., S. 84
- 5 Walder, a.a.O., S. 48
- 6 Gesetz betreffend das Gerichtsverfahren im allgemeinen vom 29. Januar 1911, OS 29, 72 / vgl. Hauser/Hauser, a.a.O.
- 7 Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913, OS 25, 225 / vgl. Sträuli/Hauser, a.a.O.
- 8 Gesetz über den Strafprozess vom 4. Mai 1919, OS 31, 327
- 9 Walder, a.a.O., S. 48/
- 10 Walder, a.a.O., S. 48/
- 11 vgl. Wsg. 1971, 1883 ff.
- 12 Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, OS 46, 139, in Kraft gesetzt auf den 1. Januar 1977 durch RRB vom 11. August 1976, OS 46, 265
- 13 Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976, OS 46, 209, in Kraft gesetzt auf den 1. Januar 1977 durch RRB vom 11. August 1976, OS 46, 265
- 14 betreffend die Revision weiterer Gesetze: vgl. Walder, a.a.O., S. 50

und am Kassationsgericht weiterhin öffentlich bleiben soll, wurde in einer separaten Volksabstimmung bejaht (1).

IV) Die Berufung in der ZPO von 1913 und in der neuen ZPO

Es wäre verfrüht und allzu aufwendig, an dieser Stelle schon einen materiellen Vergleich zwischen alter und neuer ZPO vornehmen zu wollen. Solche Gegenüberstellungen erfolgen jeweils in den einzelnen Kapiteln. In formaler Hinsicht bringt die neue ZPO kaum wesentlich Verbesserungen, da schon die alte ZPO sprachlich klar und konzis abgefasst worden war (2).

2. KAPITEL: VORAUSSETZUNGEN DER BERUFUNG

§ 4 VORAUSSETZUNGEN DER BERUFUNG ALS RECHTSMITTELVORAUSSETZUNGEN

A) BEGRIFF DER RECHTSMITTELVORAUSSETZUNGEN

Rechtsmittelvoraussetzungen sind Bedingungen für einen Entscheid der Rechtsmittelinstanz über die Begründetheit eines Rechtsmittels (3).

B) ABGRENZUNG GEGENUEBER DEM BEGRIFF DER PROZESSVORAUSSETZUNGEN

Prozessvoraussetzungen sind Bedingungen für die Zulässigkeit eines Sachurteils (4), d.h. eines Ausspruches des Gerichts über die Begründetheit oder Unbegründetheit der mit der Klage erhobenen Rechtsbehauptung (5). Oskar Bülow, der eigentliche Begründer der Lehre von den Prozessvoraussetzungen, definierte die Prozessvoraussetzungen als Vorbedingung für die Entstehung eines Prozessrechtsverhältnisses (6). Diese Lehre ist indessen überholt (7).

1 Amtsblatt des Kantons Zürichs 1976, 801

2 vgl. aber S. XIX

3 Guldener, a.a.O., S. 491 f.

4 Guldener, a.a.O., S. 204

5 Guldener, a.a.O., S. 220

6 Bülow, a.a.O., S. 6

7 Rosenberg/Schwab, a.a.O., § 97 I

Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung hat nur selten die absolute Nichtigkeit eines Entscheides zur Folge (1); vielmehr wirkt sich dies nur aus auf das Dürfen, nicht auf das Können eines Gerichts, ein Sachurteil zu fällen (2).

Mit den Prozessvoraussetzungen sind die Rechtsmittelvoraussetzungen eng verwandt. Die Rechtsmittelvoraussetzungen kommen aber erst im Prozessabschnitt des Rechtsmittelverfahrens zum Zuge, während sich die Prozessvoraussetzungen auf den ganzen Prozess auswirken (3).

C) KEINE RECHTSMITTELVORAUSSETZUNGEN: LEGITIMATION UND FORMGERECHTE BERUFUNGSERKLÄRUNG

Bei der Legitimation handelt es sich nicht um eine Prozessvoraussetzung. Die Frage, ob das eingeklagte Recht dem Kläger zukommt und sich gegen den Beklagten richtet, muss durch Sachurteil entschieden werden. Von der Beantwortung dieser Frage kann der Entscheid, ob die Ausfällung eines Sachurteils zulässig sei, nicht abhängen (4). Dies gilt analog auch im Rechtsmittelverfahren; auch hier muss die Frage der Legitimation mittels Sachurteil entschieden werden. Die Legitimation ist demnach keine Rechtsmittelvoraussetzung (5) und wird daher gesondert behandelt.

Keine Prozessvoraussetzung und keine Rechtsmittelvoraussetzung ist auch die gehörige Einleitung der Berufung (6). Wo es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, so ist es nur ausnahmsweise möglich, sie innerhalb des angehobenen Verfahrens herzustellen, z.B., wenn für einen Prozessunfähigen vorerst keine gesetzliche Vertretung besteht, kann die vorherige Prozessführung vom gesetzlichen Vertreter genehmigt werden (7). Dies gilt auch für die Rechtsmittelvoraussetzungen. Der Rechtsmittelkläger kann eine fehlerhafte Rechtsmittelerklärung jedoch stets durch Neuvernahme verbessern (8). Eine mangelhafte Berufungserklärung schliesst ein Sachurteil nicht aus, sondern nur dann, wenn der Mangel nicht behoben wird (9).

- 1 Imboden, der nichtige Staatsakt
- 2 Kälin, a.a.O., S. 24
- 3 Rosenberg/Schwab, a.a.O., § 97 I
- 4 Guldener, a.a.O., S. 222
- 5 a.M.: Guldener, a.a.O., S. 491
- 6 entgegen ZPO 108
- 7-9 Guldener, a.a.O., S. 222

§ 5 VORAUSSETZUNGEN DER BERUFUNG IM EINZELNEN

A) ZULÄSSIGKEIT DER BERUFUNG

I) Begriff der Zulässigkeit

Der Randtitel von ZPO 259 spricht von der "Zulässigkeit der Berufung". Unter diesem Gesichtspunkt gilt es zu untersuchen, gegen welche Art von gerichtlichen Entscheidungen die Berufung zulässig ist. Massgebend hierfür sind die Form des Entscheides, die Instanz, welche den angefochtenen Entscheid gefällt hat, und der Streitwert.

II) Berufungsfähige Entscheide

1) Unter dem Gesichtspunkte der Entscheidungsform

a) Allgemeines

Die Berufung ist zulässig gegen Vor- Teil- und Endurteile (1). Dabei handelt es sich um Sachurteile im formellen und materiellen Sinne, welche zur Gruppe der prozesserledigenden Entscheide gehören (2).

b) Die einzelnen Merkmale

aa) Berufungsfähige Entscheide als prozesserledigende Entscheide

Die prozesserledigenden Entscheide haben unmittelbar die Klage selbst zum Gegenstand und erledigen den Prozess innerhalb einer Instanz ganz (Endentscheidung) oder zum Teil (Vor- und Zwischenentscheidung) (3). Demgegenüber betreffen prozessleitende Entscheide den Gang des Verfahrens (4).

1 ZPO 259

2 Guldener, a.a.O., S. 242

3/4 Guldener, a.a.O., S. 242

Die prozesserledigenden Entscheide lassen sich unterteilen in Sachurteile im materiellen Sinne und Prozessurteile im materiellen Sinne.

bb) Berufungsfähige Entscheide als Sachurteile im materiellen Sinne

Sachurteile im materiellen Sinne enthalten einen Ausspruch des Gerichtes über Begründetheit oder Unbegründetheit der Klage oder (in Falle eines Vorurteils) über einzelne Fragen, von denen die Begründetheit oder Unbegründetheit der Klage abhängig ist (1).

Prozessurteile im materiellen Sinne sind Entscheidungen, durch welche das Gericht eine Prozessovoraussetzung oder die ordnungsgemässe Erhebung der Klage verneint (2).

cc) Berufungsfähige Entscheide als Sachurteile im formellen Sinne

Urteile im formellen Sinne ist jede gerichtliche Entscheidung, welche diese Bezeichnung trägt (3). Demgegenüber sind Urteile im materiellen Sinne Entscheidungen des Gerichts über die Klage (4).

Die Urteile im materiellen Sinne sind entweder Prozessurteile im materiellen Sinne oder Sachurteile im materiellen Sinne (5).

Letztere lassen sich in drei Gruppen unterteilen: Eine erste Gruppe betrifft die Fälle, wo nach Eintritt der Rechtshängigkeit der eingeklagte Anspruch unabhängig vom Willen der Parteien untergegangen ist. Hier muss der Prozess als gegenstandslos erklärt werden (6).

In einer zweiten Gruppe erfassen wir die Sachurteile, welche auf Grund einer Parteierklärung ergehen, nämlich infolge einer Klageanerkennung, eines Klagerückzuges oder eines Vergleichs (7).

Eine dritte Gruppe beschlägt die Fälle, wo ein Sachurteil auf Grund eigener Rechtsfindung durch das Gericht erfolgt. Je nachdem sich die Klage als begründet oder unbegründet erweist, kann das Urteil lauten auf gänzliche Gutheissung oder Abweisung der Klage (8). Diese dritte Gruppe der Sachurteile im materiellen Sinne ist in ZPO 259 (i.V.m. ZPO 188/189) gemeint (9). Die Sachurteile im

- | | |
|-----|--------------------------------|
| 1-2 | Guldener, a.a.O., S. 242 |
| 3 | Guldener, a.a.O., S. 203 FN 52 |
| 4 | Guldener, a.a.O., S. 203 |
| 5-9 | Guldener, a.a.O., S. 204 |

formellen Sinne der zürcherischen ZPO sind also alle auch Sachurteile im materiellen Sinne (aber nicht umgekehrt).

Gemäss GVG 155 entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren auch in der Sache selbst mittels Verfügung. Mit Ausnahme dieser Bestimmung handelt es sich bei den Sachurteilen im formellen Sinne stets auch um Sachurteile im materiellen Sinne, die aufgrund eigener Rechtsfindung des Gerichts ergehen. Alle anderen Sachurteile und die Prozessurteile sind in die Form des Beschlusses, solche von Einzelbehörden in die Form der Verfügung zu fassen (1).

dd) Berufungsfähige Entscheide als Vor- Teil- und Endurteile

aaa) Teilurteile und Vorurteile

aaaa) Gemeinsame Voraussetzungen

Teilurteile können gefällt werden, wenn es die Umstände rechtfertigen (2). Das Gesetz umschreibt also die Voraussetzungen mit einer Generalklausel (3). Diese Lücke intra legem (4) ist auszufüllen nach dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie. Für die Vorurteile ist dabei auf die Formel von aZPO 239 II abzustellen. Danach können Vorfragen oder Einreden, z.B. die Einrede der Verjährung oder der Verwirkung, zum Gegenstand eines Vorurteils gemacht werden, wenn sie für das Eintreten auf die anderen Fragen entscheidend sind und auf diese Weise ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten gespart werden kann (5).

Teilurteile sind dann angebracht, wenn ein Teil bereits spruchreif ist und im übrigen Weiterungen erforderlich sind, jedenfalls dann, wenn der Kläger auf ein baldiges Prozessergebnis angewiesen ist (6). Namentlich bei Schadenersatzprozessen kommt es häufig vor, dass ein Teil der Forderung unbestritten ist, aber nicht ausdrücklich anerkannt wird, damit Druck auf den Kläger ausgeübt werden kann. Dieser ist oft dringend auf einen Teil der Schadenersatzsumme angewiesen, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Zwar besteht die Möglichkeit einer Teilklage, was aber eine Aufspaltung in zwei Prozesse bewirkt, und dies ist dem Kläger nicht stets zumutbar. Das Teilurteil schafft hier Abhilfe (7).

1 GVG 155

2 ZPO 189

3/4 Meier-Hayoz, a.a.O., S. 62 ff

5/6 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 7 f. zu § 189

7 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N 3 zu § 189 / Prot EK 253

bbb) Begriff und Unterschied von Teil- und Vorurteil

Das Teilurteil ist ein formelles und materielles Sachurteil, bei dem nur ein Teil des Klagebegehrens zur vollstreckungsfähigen Entscheidung gebracht wird (1) (2).

Das Vorurteil ist ein formelles und materielles Sachurteil, durch das der Entscheid über die vollstreckungsfähige Erledigung des Klagebegehrens lediglich vorbereitet wird (3).

ccc) Endurteile

Das Endurteil ist ein formelles und materielles Sachurteil, durch welches grundsätzlich über das gesamte Klagebegehren rechtskraftsfähig entschieden wird (4).

2) Berufungsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt der Entscheidungsinstanz

Die Berufung ist nur zulässig gegen Urteile der Bezirksgerichte, der Arbeitsgerichte und der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren (5). Nicht mit Berufung, sondern mit Rekurs sind die Urteile des Mietgerichts anfechtbar (6). Diese Systemwidrigkeit wird mit dem Vorteil eines rascheren Verfahrens begründet (7). Zudem liegen bei Mietsachen zumeist einfache Probleme vor. Vielfach werden Tatsachen auch gar nicht bestritten. Das Rekursverfahren scheint daher für solche Fälle angemessener (8).

Gestrichen wurde der unnötige Vorbehalt von aZPO 314 Ziff. 1, wonach die Berufung nicht zulässig sei gegen Entscheide über Rekurse oder Nichtigkeitsbeschwerden betreffend Verfügungen oder Urteile des Friedensrichters. In solchen Fällen wird nämlich der für die Berufung erforderliche Streitwert nicht erreicht und zudem handelt es sich bei den Rekursentscheiden stets um Beschlüsse, welche ohnehin nicht der Berufung unterliegen (9).

- 1 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N 4 zu § 189
- 2 vgl. Wüthrich, a.a.O.
- 3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 4 zu ' 189
- 4 ZPO 189
- 5 ZPO 259 i.V.m. GVG 22 II
- 6 ZPO 271 I Ziff. 1/ vgl. nun aber S. XIX
- 7 Prot. KK 275
- 8 Prot. KK 275
- 9 Prot. KK 421

III) Erforderliche Streitwerthöhe

(vgl. S. Schuller, Die Berechnung des Streitwertes)

1) Vermögensrechtlich schätzbare Streitigkeiten

Urteile der Bezirksgerichte und der Arbeitsgerichte unterliegen der Berufung, wenn der Streitwert Fr. 5'000.-- übersteigt (1). Urteile der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren können mit Berufung angefochten werden, wenn der Streitwert Fr. 3'000.-- übersteigt (2). Für kleinere Streitwerte lohnt sich der Kosten und Zeitaufwand eines Berufungsverfahrens nicht (3).

Auch für denjenigen, der in einem Strafprozess gegen ein Adhäsionsurteil die Berufung nur bezüglich der Zivilstreitigkeit erhebt, gilt die Streitwertgrenze (4). Der Betrag von Fr. 5'000.-- steht in Zusammenhang mit der Vorschrift von OR 343 II, wonach die Kantone für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.-- ein einfaches und rasches Verfahren vorsehen müssen.

2) Streitigkeiten, die ihrer Natur nach einer vermögensrechtlichen Schätzung nicht unterliegen

Mit der Berufung anfechtbar sind Urteile der Bezirksgerichte und der Arbeitsgerichte, wenn der Streitwert der Natur der Sache nach nicht geschätzt werden kann (5), d.h. der Streitgegenstand nicht vermögensrechtlicher Natur ist.

Nicht vermögensrechtlich ist ein Streitgegenstand, wenn das Rechtsbegehren nicht auf einen Geldbetrag abzielt und, wenn - bei Klagen, die nicht auf eine Geldsumme gerichtet sind - der Klagegrund nicht im Vermögensrecht ruht (6), z.B. Klage auf Ehescheidung (7), Klage auf Mitgliedschaft bei einem Verein (8).

1 ZPO 259 Ziff. 1 / vgl. nun aber auch S. XIX

2 ZPO 259 Ziff. 2

3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 259

4 StPO 410 II / ZR 31 Nr. 49, SJZ 69 S. 242 Nr. 103

5 ZPO 259 Ziff. 1

6 Schuller, a.a.O., S. 78

7 BGE 8 S. 9

8 BGE 82 II 296

Es genügt nicht, dass eine Schätzung schwierig oder nur annähernd möglich ist (1). Das Rechtsbegehren muss selbständiger Natur sein, nicht bloss Motiv für eine damit verbundene Leistungsklage wie z.B. Klage auf Feststellung einer Ehrverletzung und Kreditschädigung, die in der Vergangenheit liegen und abgeschlossen sind sowie auf Zuspruch von Schadenersatz und Genugtuung (2). Beruht ein vermögensrechtlicher Anspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf einem nicht vermögensrechtlichen Anspruch, so kann zusammen mit letzterem Anspruch auch Berufung hinsichtlich des vermögensrechtlichen Rechtsbegehrens erhoben werden, selbst wenn die Streitwertgrenze nicht erreicht wird. ZPO 259 Ziff. 1 ist nämlich im Hinblick auf die Praxis zu OG 44 (3) zu interpretieren, um Widersprüche zu vermeiden. Ferner kann ZPO 25 analog herangezogen werden (4).

IV) Vergleiche zur aZPO

Auf die aZPO wurde schon mehrmals verwiesen. Folgendes bleibt nachzutragen: Die Berufung ist im Gegensatz zu aZPO 314 nun auch gegen Teilurteile möglich. Die Fällung von Teilurteilen war gemäss Praxis zu aZPO nur selten zulässig, so bei aZPO 38, 93 II, 241 (5). Neu unterliegen auch die Urteile der Arbeitsgerichte der Berufung. Der Streitwert von Fr. 2'000.-- bzw. Fr. 1'000.-- wurde der Geldentwertung angepasst und entsprechend heraufgesetzt (6).

B) BESCHWER ALS VORAUSSETZUNG DER BERUFUNG

I) Begriff der Beschwer

1) Formelle Beschwer

Die formelle Beschwer besteht darin, dass eine Partei weniger erreicht hat als sie erkennbar hatte erreichen wollen. Weil die Partei den von ihr begehrten Rechtsschutz nicht oder nur zum Teil erlangt hat, besteht für sie ein Bedürfnis

1 BGE 54 II 52; 66 II 46; 74 II 43

2 BGE 40 II 165, 67 II 44 / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 11 zu § 17

3 BGE 70 II 130, 78 II 290, 80 II 130, 93 II 54

4 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 10 zu § 17

5 ZR 57 Nr. 63, 73 Nr. 13

6 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 259

nach Anfechtung, damit sich der gewollte Rechtsschutz doch noch einstellt (1). Massgeblich für die formelle Beschwer ist die Diskrepanz zwischen dem mit dem Urteil gewährten Rechtsschutz und den Rechtsmittelanträgen (2). Als formell beschwert gilt eine Partei nur dann, wenn das ergangene Urteil in seinem massgeblichen (rechtskraftsfähigen) Inhalt von ihren Anträgen zu ihrem Nachteil abweicht (3).

2) Materielle Beschwer

Materiell beschwert ist eine Partei, wenn eine gerichtliche Entscheidung ihrem Inhalt nach der Partei nachteilig ist und damit die Möglichkeit besteht, im Rechtsmittelverfahren eine abweichende Entscheidung zu ihren Gunsten zu erlangen (4).

Bei der Bestimmung der materiellen Beschwer wird nur auf den Entscheidungsinhalt abgestellt. Die Anträge des Rechtsmittelklägers in der Vorinstanz werden dabei völlig oder nahezu vollständig beiseite gelassen (5).

II) Verhältnis zwischen formeller und materieller Beschwer

Meistens liegen formelle und materielle Beschwer gleichzeitig vor, da die Abweisung eines Parteiantrages in der Regel den Interessen des Antragstellers abträglich ist (6). Es gibt aber auch Fälle, wo eine Partei nur formell, nicht aber materiell beschwert ist, z.B., wenn das Gericht einem Antrag auf Klageabweisung nicht stattgibt, stattdessen aber nicht auf die Klage eintritt (7).

1 Bettermann, a.a.O.

2 vgl. ZR 64 Nr. 128, 52 Nr. 56

3 Hägi, a.a.O., S. 103

4 Hägi, a.a.O., S. 104 mit Verweisen auf die deutsche Literatur

5 Hägi, a.a.O., S. 104

6 BGE 79 II 257

7 BGE 63 II 190, 61 II 125, 91 II 62, 99 II 257

III) Rechtsneutralität der Beschwer

Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung ist "rechtsneutral", d.h. von der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht abhängig (1). Während die Richtigkeit einer Entscheidung massgebend ist für die Begründetheit eines Rechtsmittels, so ist es die Beschwer für die Zulässigkeit (2). Eine unrichtige Entscheidung braucht den Rechtsmittelkläger nicht zu beschweren, sondern kann sich ausschliesslich zu seinen Gunsten auswirken (3). Umgekehrt können sowohl richtige als auch unrichtige Urteile den Rechtsmittelkläger beschweren (4).

IV) Beschwer und Rechtsschutzinteresse

Die Bestimmung von ZPO 51 II, wonach auf ein Rechtsmittel nur einzutreten ist, soweit der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist, bedeutet eine Konkretisierung von ZPO 51 I, der besagt, dass auf die Klage nur einzutreten ist, wenn ein rechtliches Interesse an ihrer Beurteilung besteht. Das Rechtsschutzinteresse des Rechtsmittelklägers ist nämlich nur dann zu bejahen, wenn er durch das Urteil beschwert ist (5).

V) Rechtsgrundlage der Beschwer

Während in der aZPO das Erfordernis einer Beschwer auf Gewohnheitsrecht beruhte (6), finden wir die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung in der neuen ZPO ausdrücklich erwähnt (7). Die Ausgestaltung der kantonalen Rechtsmittel ist gemäss BV 64 III Sache der Kantone. Diese können die Zulassung ihrer Rechtsmittel von einer formellen Beschwer abhängig machen (8) oder auf das Beschwererfordernis überhaupt verzichten (9).

- 1 vgl. Brox, a.a.O. / Ohndorf, a.a.O.
- 2/3 Hägi, a.a.O., S. 46
- 4 Hägi, a.a.O., S. 104 / BGE 75 II 187
- 5 Leuch, a.a.O., N. 1 zu Art. 333
- 6 Hägi, a.a.O., S. 40
- 7 ZPO 51 II
- 8 BGE 95 II 295 f.
- 9 BGE 71 II 137

VI) Inhaltliche Grundlage der Beschwer

1) Grundsatz: Dispositiv als Grundlage der Beschwer

Grundsätzlich ist für die Frage der Beschwer einzig und allein auf das aus den Erwägungen ergänzte Dispositiv abzustellen (1).

2) Ausnahme: Entscheidungsgründe als Grundlage der Beschwer

Ist der Rechtsmittelkläger nur durch die Entscheidungsgründe, nicht aber durch das Dispositiv beschwert, so kann er ein Urteil anfechten, wenn die Urteils motive ausnahmsweise an der Rechtskraft des Urteils teilhaben, z.B., wenn sich die Entscheidungsgründe über eine zur Verrechnung gestellte Gegenforderung des Beklagten aussprechen (2).

VII) Zürcher Praxis bezüglich der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung

1) Grundsatz der Notwendigkeit einer formellen Beschwer

Die Zürcher Praxis verlangt grundsätzlich eine formelle Beschwer (3).

2) Ausnahmen zum Erfordernis einer formellen Beschwer

a) Tatbestand, wo eine Berufung schon am Fehlen einer materiellen Beschwer scheitert

Wurde in erster Instanz dem Prozessgegner trotz Antrag kein Eheverbot (ZGB 150) auferlegt, so wird auf die Berufung, welche ein solches Verbot zulasten des Prozessgegners verlangt, nicht eingetreten (4). Hier liegt zwar eine formelle

1 BGE 56 II 137, 86 II 383

2 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 14 zu § 51

3 Hägi, a.a.O., S. 133 ff. und dort zitierte Entscheide

4 Hägi, a.a.O., S. 142 und dort zitierte Entscheide

Beschwer vor, nicht aber eine materielle. Für den Berufungskläger entstehen keine Nachteile dadurch, dass ein Eheverbot nicht ausgesprochen wird. Das Eheverbot betrifft nur das öffentliche Interesse sowie die Interessen des Berufungsbeklagten.

b) Genügen einer materiellen Beschwer

Die beklagte Partei, welche sich in erster Instanz nicht geäußert hat oder säumig war, ist zur Berufung zuzulassen, wenn sie durch das Versäumnis materiell beschwert ist (1). Wenn die Partei nämlich gar keine Anträge in erster Instanz gestellt hat, kann sie per definitionem gar nicht formell beschwert sein. Würde man die Berufung stets von einer formellen Beschwer anhängig machen, so würde eine Säumnis in erster Instanz gleichzeitig den Verlust des Rechtsmittels bedeuten.

c) Tatbestände, wo überhaupt keine Beschwer erforderlich ist

Es gibt eine Reihe von Tatbeständen, wo auf das Erfordernis einer Beschwer gänzlich verzichtet wird. Beispielsweise kann die nicht beschwerte Partei den Ausspruch der Scheidung oder Trennung im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe durch Berufung anfechten (2). Ferner verzichtet die Praxis auf das Erfordernis einer Beschwer, wenn eine in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Antrag des Berufungsklägers getroffene Regelung sich auf Punkte bezieht, die nicht im Bereich der Parteidisposition liegen (3).

C) FEHLEN EINES GÜLTIGEN RECHTSMITTELVERZICHTS IM WEITEREN SINNE ALS VORAUSSETZUNG DER BERUFUNG

I) Begriff des Rechtsmittelverzichtes im engeren Sinne

Rechtsmittelverzicht im weiteren Sinne ist diejenige Verfügung, durch welche die prozessuale Durchsetzung eines Rechts schlechthin aufgegeben wird (4). Auf ein Rechtsmittel kann verzichtet werden, indem es überhaupt nicht eingelegt

1 Hägi, a.a.O., S. 188

2 Hägi, a.a.O., S. 156

3 Hägi, a.a.O., S. 176 u. 156 ff.

4 m.É. zu wenig präzise ist die Definition von Menzel, a.a.O., S. 10

wird (Rechtsmittelverzicht im engeren Sinne), weil dies dem Prozessgegner rechtswirksam versprochen wurde oder es kann ein bereits eingelegtes Rechtsmittel zurückgezogen werden (Rechtsmittellückzug).

II) Fehlen eines Rechtsmittelverzichts im engeren Sinne

1) Form des Rechtsmittelverzichts im engeren Sinne

Ein Rechtsmittelverzicht i.e.S. kann ausdrücklich, aber auch stillschweigend, z.B. durch vorbehaltlose Zahlung der Streitsumme (1), erfolgen. ZPO 190 II verlangt keine besondere Form. Ueblicherweise vermerkt die Berufungsinstanz einen solchen Verzicht mittels Gerichtsbeschluss (2). Letzterem kommt aber nur deklaratorische Wirkung zu. Der Verzicht muss eindeutig sein und darf weder an prozessualen noch an Willensmängeln leiden (3). Der Verzicht muss sich als einseitige Parteierklärung an das Gericht wenden und zwar an den iudex a quo (4), damit dieser weiss, wie es um die Rechtskraft seines Entscheides bestellt ist (5).

Wie aber ist eine einseitige Willenserklärung zu beurteilen, womit die eine Partei nicht gegenüber dem Gericht, sondern gegenüber dem Prozessgegner den Rechtsmittelverzicht erklärt? Sicherlich ist ein solcher Verzicht nicht unmittelbar prozessual wirksam. Fraglich ist, ob der Prozessgegner einen solchen Verzicht mittels Einrede im Prozess geltend machen kann (6). Verneint man dies (7), so ist ein derartiger Verzicht zumindest als stillschweigende Ermächtigung des Prozessgegners zur Uebermittlung der Verzichtserklärung an das Gericht zu qualifizieren. Der Prozessgegner handelt in diesem Fall als Bote, was den Verzichtenden allerdings berechtigt, seine Verzichtserklärung bis zu ihrem Eintreffen vor Gericht zu widerrufen (8).

2) Zeitpunkt des Rechtsmittelverzichts i.e.S.

Der Rechtsmittelverzicht ist frühestens zulässig nach der mündlichen oder

1 Sträuli/Hauser, a.a.O., Z 314 VIII / BGE 13 S. 74, 21 S. 110 36 II 532, 52 I 142

2 ZR 40 Nr. 105, 61 Nr. 95

3 ZR 64 Nr. 130, 73 Nr. 15

4 ZPO 190 II i.V. m. ZPO 261

5 analog zu Prot. EK 384

6 Habscheid, a.a.O., S. 110

7/8 Menzel, a.a.O., S. 25 / Guldener, ZSR 65 S. 235

schriftlichen Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils. Nach Ablauf der Berufungsfrist wird er naturgemäss gegenstandslos (1) (2).

3) Umfang des Rechtsmittelverzichts i.e.S.

Ein Rechtsmittelverzicht ist generell zulässig, d.h. auch in Prozessen, wo die Parteien nicht frei über den Streitwert verfügen können, insbesondere auch bei Scheidungsprozessen (3).

4) Wirkungen des Rechtsmittelverzichts i.e.S.

Grundsätzlich ist der Rechtsmittelverzicht unwiderruflich (4). Hingegen ist eine Berufung zum Zwecke des Rückzuges einer Scheidungsklage trotz Verzichts auf die Berufung zulässig, wenn der andere Ehegatte einem solchen Vorgehen zustimmt (Eheschutzgedanke) (5). Der Rechtsmittelverzicht bewirkt, dass das Urteil auf den Zeitpunkt der Verzichtserklärung hin rechtskräftig wird (6). Ist ein Rechtsmittel an das Bundesgericht nur gegen letztinstanzliche Entscheide zulässig, so bedeutet der Verzicht auf ein kantonales Rechtsmittel auch den Verzicht auf das Rechtsmittel an das Bundesgericht (7).

III) Fehlen eines Rechtsmittelrückzuges

1) Form des Rückzuges

Es gelten entsprechend die Grundsätze über den Rechtsmittelverzicht i.e.S. (8).

2. Zeitpunkt des Rückzuges

Der Rückzug eines Rechtsmittels kann bis zur Erledigung des Prozesses durch

- 1 ZPO 190 II
- 2 vgl. R. Hauser, Festgabe für das Bundesgericht, S. 540
- 3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 17 zu § 190, mit Hinweis auf die Gerichtspraxis
- 4 ZR 61 Nr. 96
- 5 ZR 73 Nr. 15
- 6 ZPO 190 II
- 7 BGE 83 II 87; 98 I 647
- 8 vgl. oben II 1; ZPO 190 II

die Rechtsmittelinstanz erklärt werden (1). Der Rechtsmittelbeklagte kann aber ein Rechtsmittel anerkennen mit der Wirkung, dass es ohne gerichtliche Prüfung geschützt würde (2).

Hebt das Bundesgericht auf Begehren des Anschlussberufungsklägers ein kantonales Urteil auf und weist die Sache zur neuen Beurteilung an das Obergericht zurück, so kann die Gegenpartei, welche seinerzeit Hauptberufung erklärt hatte, diese nicht mehr zurückziehen, weil das Obergericht das Urteil des Bundesgerichts auszuführen hat (3).

3) Umfang des Rückzuges

Der Klagerückzug kann vollumfänglich oder teilweise erfolgen. Ein teilweiser Rückzug liegt vor, wenn der Rechtsmittelkläger bei objektiver Klagehäufung zuerst vollumfänglich ein Rechtsmittel einlegt, dann aber einzelne Klagepunkte zurückzieht oder, wenn ein Rechtsmittelkläger hernach den Umfang seiner Klageforderung einschränkt (4).

4) Wirkungen des Rechtsmittelrückzuges

Der Rückzug des Rechtsmittels ist unter Vorbehalt der Bestimmungen über Handlungsfähigkeit und Willensmängel (5) unwiderruflich (6) und bewirkt den Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils auf den Zeitpunkt des Rückzuges hin (7).

IV) Der Rechtsmittelverzicht i.w.S. im Vergleich zwischen alter und neuer ZPO

ZPO 190 bringt gegenüber aZPO 103 keine Neuerungen

1 Kummer, a.a.O., S. 166 / Guldener, a.a.O., S. 500

2 Guldener, a.a.O., S. 500

3 BGE 83 II 550

4 Kummer, a.a.O., S. 166

5 ZR 19 Nr. 187, 36 Nr. 20, Nr. 192 u. 195, 64 Nr. 130

6 Guldener, a.a.O., S. 500

7 ZPO 190 I

D) KAUTION ALS VORAUSSETZUNG DER BERUFUNG

(vgl. R. Isler, Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1967)

I) Begriff der Prozesskaution

Die Prozesskaution ist eine öffentlichrechtliche (1) an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte (2) Geldleistungspflicht einer Partei zur Sicherung von Gerichtskosten und/oder Prozessentschädigungen (3) mit deren Verweigerung gewisse prozessuale Nachteile verbunden sind.

II) Gesetzlich normierte Kautionsgründe im Berufungsverfahren

1) Bei Kautionen für Gerichtskosten und Prozessentschädigungen

a) Kautionsgründe, die nur für den Berufungskläger oder den Anschlussberufskläger gelten (4)

aa) Fehlernder Wohnsitz in der Schweiz unter Vorbehalt von Staatsverträgen (ZPO 73 Ziff. 1)

aaa) Grundsätzliche Uebereinstimmung mit dem Wohnsitzbegriff des ZGB

aaaa) Bei den natürlichen Personen

Der Wohnsitzbegriff von ZPO 73 Ziff. 1 ist identisch mit dem Wohnsitzbegriff von ZGB 23, 25 und 26. aZPO 59 Ziff. 1 sprach noch von einem "festen" Wohnsitz. Da aber das Wort "fest" eine Eigenschaft zum Ausdruck bringt, die bereits im Begriffe des Wohnsitzes enthalten ist (5), wurde es in der neuen ZPO weggelassen. Massgebend ist der Wohnsitz und nicht die Nationalität. Auch Schweizer, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, sind demnach grundsätzlich kautionspflichtig (6).

- 1 Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144 B II
- 2 ZPO 73-78
- 3 ZPO 80
- 4 ZR 57 Nr. 66
- 5 Egger, a.a.O., N. 2 zu Art. 23 ZGB/SJZ 41 S. 227
- 6 ZR 13 Nr. 68

bbbb) Bei den juristischen Personen

Der Wohnsitz bei den juristischen Personen befindet sich grundsätzlich (statutarischer Wohnsitz vorbehalten) an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird (1). Diese Bestimmung des ZGB gilt auch für ZPO 73 Ziff. 1 (2).

bbb) Abweichungen vom Wohnsitzbegriff des ZGB

aaaa) Bei den natürlichen Personen

Die ratio legis von ZPO 73 Ziff. 1 besteht darin, dass eine Betreuung für Gerichtskosten oder Prozessentschädigungen in den Fällen erschwer ist, wo eine Betreuung in der Schweiz nicht ohne weiteres möglich ist. Die Prozesskaution soll ein mühseliges Betreibungsverfahren im Ausland ersparen (3). Da der fiktive Wohnsitzbegriff von ZGB 24 kein Wohnsitz im Sinne von SchKG 46 ist (4), muss dies auch für ZPO 73 Ziff. 1 gelten. Die Regel, wonach der einmal in der Schweiz begründete Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes weiterbesteht, gilt demnach nicht (5).

bbbb) Bei den juristischen Personen

Hat eine juristische Person ihren statutarischen Wohnsitz in der Schweiz, befinden sich aber Geschäftsbetriebe und Verwaltungsführung im Ausland, so kann die juristische Person zwar an ihrem statutarischen Wohnsitz betrieben werden, jedoch muss wegen dem im Betreibungsrecht geltenden Territorialitätsprinzip (6) für die Verwertung des im Ausland gelegenen Vermögens Rechtshilfe angefordert werden. Die ratio legis von ZPO 73 Ziff. 1 (7) will eine derartig erschwerte Betreuung vermeiden. Wo die Verwaltungsführung sich in der Schweiz befindet, sind auch regelmässig erhebliche Vermögensteile in der Schweiz vorhanden. Es scheint daher richtig, nur dann auf eine Prozesskaution zu verzichten, wenn nebst einem allfälligen statutarischen Sitz auch der Ort der Verwaltungsführung

- 1 ZGB 56
- 2 vgl. Isler, a.a.O., S. 17
- 3 Isler, a.a.O., S. 17
- 4 Fritzsche, a.a.O., Bd. I, S. 80
- 5 Isler, a.a.O., S. 17 / ZR 26 Nr. 39, 42 Nr. 53
- 6 Fritzsche, a.a.O., Bd. I, S. 108
- 7 Isler, a.a.O., S. 17

in der Schweiz liegt (1). Damit ergibt sich eine Abweichung von ZGB 56, wonach der statutarische Sitz dem Ort der Verwaltungsführung vorgeht. Eine gegenteilige Ansicht würde zum selben Ergebnis führen wie eine Befürwortung des fiktiven Wohnsitzes bei den natürlichen Personen (2).

ccc) Vorbehalt der Staatsverträge

Besondere Verhältnisse gelten im internationalen Verhältnis. Angesichts der zahlreichen Abkommen kann hier nur auf die Literatur verwiesen werden (3). Im interkantonalen Verhältnis ist für sämtliche Kautionsgründe das Konkordat betreffend Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten vom 10.12.1901 (4) zu beachten.

bb) Konkurseröffnung, Anordnung der Verwertung, Verlangen einer gerichtlichen Nachlassstundung (ZPO 73 Ziff. 2)

Eine Partei ist kautionspflichtig, wenn innert der letzten fünf Jahre in der Schweiz oder im Ausland über sie der Konkurs eröffnet (5) oder in einer Betreuung gegen sie die Verwertung angeordnet wurde (6) oder, wenn sie innert der genannten Zeit eine gerichtliche Nachlassstundung (7) verlangt hat. Kautionsgrund ist auch eine Stundung nach Bankengesetz (8).

cc) Bestehen provisorischer oder definitiver in- oder ausländischer Verlustscheine oder Pfandausfallscheine oder sonstiger Anschein von Zahlungsunfähigkeit (ZPO 73 Ziff. 3)

Eine Kautionsleistung ist zu leisten, wenn gegen eine Partei ein provisorischer (9) oder definitiver (10) in- oder ausländischer Verlustschein oder Pfandausfallschein (11) vorliegt.

- 1/2 Isler, a.a.O., S. 17
- 3 Guldener IZR / vgl. insbesondere Haager Uebereinkunftbetr. Zivilprozessrecht vom 17. Juli 1905 (AS 1957, 467)
- 4 ZG 6, 394
- 5 SchKG 171 f. u. 190 f.
- 6 SchKG 116 f. u. 151 f.
- 7 SchKG 293
- 8 Prot. EK 797
- 9 SchKG 115 II
- 10 SchKG 149
- 11 SchKG 158/ VZG 120

In der früheren Praxis ergaben sich Schwierigkeiten, wenn ein provisorischer Verlustschein unterging (z.B. Ablauf der Frist für die Stellung des Verwertungsbegehrens) bevor ein definitiver Verlustschein ausgestellt werden konnte (1). Lag das Erlöschen des provisorischen Verlustscheins zeitlich nicht weit zurück, so musste darin ein Indiz für Zahlungsunfähigkeit erblickt werden. Ebenso ergaben sich Probleme bei der provisorischen Pfändung (2), weil hier nur eine Pfändungsurkunde, nicht aber ein provisorischer Verlustschein ausgestellt werden kann (3). Die Praxis legte aZPO 59 weit aus und verlangte auch für solche Fälle eine Kautionsleistung (4). Die neue ZPO trägt solchen Fällen Rechnung mit einer Generalklausel. Kautionspflichtig ist auch, wer sonst als zahlungsunfähig erscheint.

dd) Schulden von Kosten oder Bussen (ZPO 73 Ziff. 4)

Wenn eine Partei aus einem erledigten oder nicht mehr weiterziehbaren Verfahren vor einer zürcherischen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde (5) Kosten oder Bussen schuldet, so ist sie kautionspflichtig. Zahlt eine Partei eine Busse oder die Kosten erst nach erfolgter Kautionsauflage, so wird dadurch die Kautionspflicht nicht aufgehoben (6).

ee) Liquidation oder Bewilligung des Aufschubs der Konkurseröffnung bei juristischen Personen oder Handelsgesellschaften (ZPO 73 Ziff. 5)

Die ZPO erstreckt neuerdings (7) die Kautionspflicht auf alle juristischen Personen oder Handelsgesellschaften (8), die sich in Liquidation befinden oder denen ein Aufschub der Konkurseröffnung bewilligt wurde (9), egal, ob es sich um eine inländische oder ausländische Körperschaft bzw. Handelsgesellschaft handelt.

- 1 Fritzsche, a.a.O. Bd I, S. 268
- 2 SchKG 83 III
- 3 BGE 76 III 2
- 4 ZR 64 Nr. 3, 51 Nr. 152 u. 153 a, 36 Nr. 92
- 5 vgl. VRG 15 II
- 6 ZR 40 Nr. 128, SJZ 44 S. 126 Nr. 39
- 7 vgl. ZR 50 Nr. 212
- 8 Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., N. 4 zu § 4
- 9 vgl. OR 725/903

ff) Kautionspflicht für Vereine oder Stiftungen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind (ZPO 73 Ziff. 6)

Ist ein Verein oder eine Stiftung nicht im Handelsregister eingetragen (1), so gestaltet sich eine Betreibung schwierig, wenn die Organe nicht ordnungsgemäss bestellt werden oder wechseln, da es an Publizität (2) fehlt. Um solchen Problemen vorzubeugen, wurde neu eine Kautionspflicht eingeführt.

gg) Kautionspflicht für Konkurs- oder Nachlassmasse (ZPO 73 Ziff. 7)

Schon die Praxis zu aZPO Ziff. 5 befürwortete eine Kautionspflicht für die Konkursmasse der AG (3) und für die Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (4). Die Frage der Kautionspflicht blieb aber nicht unbestritten (5).

Der Abtretungsgläubiger (6) kann gemäss ZPO Ziff. 1-6 kautionspflichtig sein (7), der Gemeinschuldner ist es gemäss Ziff 2 (8).

b) Kautionsgründe, die für beide Parteien gelten

aa) Verheimlichter Wohnsitz oder Aufenthaltsort (ZPO 74)

aaa) Grundsatz

Kautionspflichtig ist grundsätzlich diejenige Partei, die ihren eigenen Wohnsitz oder Aufenthaltsort geheimhält, weil sie damit eine allfällige Betreibung für Kosten- und Entschädigungsforderungen verunmöglicht (9). Die Bezeichnung eines Vertreters (10) oder Zustellungsempfängers (11) genügt nicht (12).

- 1 vgl. ZGB 52/61
- 2 Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., N. 4 zu § 5
- 3 ZR 60 Nr. 59
- 4 ZR 60 Nr. 60, 57 Nr. 65
- 5 ZR 53 Nr. 155, 70 Nr. 109, BGE 85 I 140, SJZ S. 129 Nr. 79
- 6 SchKG 260
- 7 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 22 zu § 73
- 8 Wsg. 141
- 9 vgl. SchKG 46
- 10 ZPO 29 f.
- 11 ZPO 30
- 12 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 74

bbb) Ausnahme

Der Grundsatz, wonach nur diejenige Partei, die ihren eigenen Wohnsitz oder Aufenthaltsort verheimlicht, kautionspflichtig wird erfährt eine Ausnahme, wenn auf Grund der Umstände ein berechtigtes Interesse besteht, dass die Gegenpartei nicht von ihrem Aufenthaltsort erfährt (z.B. Ehescheidungsprozess wegen schwerwiegender Misshandlungen der Ehefrau, wo die Gefahr neuer Misshandlungen besteht). In solchen Fällen wird die Gegenpartei selbst kautionspflichtig, weil sie diese Verheimlichung verursacht hat (1).

2) Bei Kautionen nur für die Gerichtskosten

Der Berufungskläger kann in Prozessen gegen eine Person im Ausland zur Kautionsleistung für die Gerichtskosten angehalten werden, sofern die örtliche Zuständigkeit aus § 9 II oder 10-12 hergeleitet wird (2). ZPO 76 ist indessen nur eine Kann-Vorschrift (im Gegensatz zu ZPO 73 und 74) und die Kautionspflicht erstreckt sich nicht auf Prozessentschädigungen.

III) Kautionsgründe gemäss richterlicher Rechtsfindung

Da die Totalrevision der ZPO erst kürzlich erfolgte, ist eine Lücke bei den Kautionsgründen nicht leichthin anzunehmen, zumal die Kautionspflicht dem Betroffenen die Rechtsdurchsetzung erschwert. Eine lückenlose Regelung der Kautionsgründe dürfte aber für die weitere Zukunft angesichts stets neu erscheinender Probleme kaum verwirklicht sein. Wo Verhältnisse vorliegen, welche die normierten Kautionsgründe an Schwere übertreffen oder doch zumindest gleich schwer wiegen und vom Gesetzgeber gar nicht bedacht wurden, muss eine Gesetzeslücke im Sinne und Geiste des Gesetzes ausgefüllt werden (3).

IV) Kautionspflicht bei notwendiger Streitgenossenschaft

Bei notwendiger Streitgenossenschaft (4) besteht eine Kautionspflicht nur dann, wenn die Kautionsgründe bei allen Streitgenossen vorliegen. Mit dieser Bestimmung

1 Prot. EK 1177 / Prot. KK 78

2 ZPO 76

3 Isler, a.a.O., S. 8

4 ZPO 39

von ZPO 77 wurden die Unklarheiten der früheren Praxis (1) beseitigt. Da das Gericht gemäss ZPO 70 eine Solidarhaftung für notwendige Streitgenossen anordnen kann, besteht keine Gefahr, dass eine allfällige Betreuung erfolglos wäre. Bei der einfachen Streitgenossenschaft (2) hingegen wird die Kautionspflicht jedes einzelnen Streitgenossen unabhängig von der anderen geprüft (3)

V) Entbindung von der Kautionspflicht

Die Kautionspflicht entfällt, wo das Gericht die unentgeltliche Prozessführung (4) bewilligt (5).

VI) Säumnisfolgen für den Berufungskläger

Leistet der Berufungskläger die Prozesskaution nicht, so wird auf die Berufung nicht eingetreten (6). Für weitere Fragen betreffend die Kautionspflicht kann auf die Literatur verwiesen werden (7).

E) WAHRUNG DER BERUFUNGSFRIST ALS VORAUSSETZUNG DER BERUFUNG

I) Begriff der Berufungsfrist

Die Berufungsfrist ist diejenige Zeitspanne, innerhalb welcher eine Partei die Berufung erklären kann (8). Sie beträgt wie bisher (9) zehn Tage (10).

II) Eigenarten der Berufungsfrist

1) Die Berufungsfrist als gesetzliche Frist

Die Berufungsfrist ist eine gesetzliche Frist (11), d.h. eine Frist, deren Dauer

- 1 ZR 60 Nr. 56 u. 57, SJZ 45 S. 157 Nr. 66
- 2 ZPO 40
- 3 ZR 52 Nr. 149, BGE 93 II 69
- 4 ZPO 84
- 5 vgl. Kehl, a.a.O.
- 6 ZPO 80 I
- 7 vgl. insbes. Isler, a.a.O.
- 8 vgl. Guldener, a.a.O., S. 265
- 9 aZPO 317 I
- 10 ZPO 261
- 11 GVG 189

vom Gesetz (1) und nicht vom Richter (richterliche Fristen) festgelegt wird (2).

2) Die Berufungsfrist als peremptorische Frist

Die Berufungsfrist ist eine peremptorische Frist, d.h. mit Ablauf dieser Frist tritt die Verwirkung ein, im Gegensatz zu den dilatorischen Fristen, wo ein Versäumnis nicht den Rechtsverlust, sondern blosse Ordnungsbussen oder andere Nachteile (Kostentragung, Entschädigungsleistungen an die Gegenpartei u.s.w.) zur Folge haben kann (3).

3) Die Berufungsfrist als Frist im engeren Sinne

Die Fristen im weiteren Sinne zerfallen in uneigentliche Fristen und Fristen im engeren Sinne (eigentliche Fristen). Letztere sind Zeiträume zur Vornahme einer Parteihandlung oder dienen einer Partei zur Vorbereitung auf einen Termin (4). Uneigentliche Fristen hingegen sind Zeiträume, welche das Gesetz dem Richter für die Vornahme von Amtshandlungen vorschreibt und somit den Charakter einer Dienstanweisung tragen (5)

4) Die Berufungsfrist als Zwischenfrist

Die Fristen im engeren Sinne lassen sich unterteilen in Handlungsfristen und Zwischenfristen (6). Letztere sind für die Parteien zeitliche Garantien, d.h. innerhalb einer bestimmten gesetzlich vorgeschriebenen Zeit tritt keine Verwirkung und keine Fiktion ein (7). Handlungsfristen hingegen sind vom Gesetz oder vom Richter angeordnete Fristen, welche die Parteien mittelbar zwingen sollen, gewisse prozessuale Handlungen vorzunehmen (8).

1 ZPO 261

2 Guldener, a.a.O., S. 265

3 Hauser/Hauser, a.a.O., A. VI zu § 208

4 Hauser/Hauser, a.a.O., A. V zu § 208

5 Hauser/Hauser, a.a.O., A. V zu § 208

6 Hauser/hauser, a.a.O., A. V zu § 208

7/8 Hauser/Hauser, a.a.O., A. V zu § 208

III) Beginn des Fristenlaufs
(vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., § 208 f.)

Der Fristenlauf für die Berufungsfrist beginnt von dem Tage an, wo der Partei das Urteil in gehöriger Form (1) zur Kenntnis gebracht wird (2). Die Zustellung erfolgt durch die Post, einen Kanzleiangestellten, den Gemeindeamman oder ausnahmsweise durch die Polizei. Richtet sich die Zustellung an eine Partei, die ausserhalb des Kantons wohnt, so geschieht dies mit Vermittlung der zuständigen Behörde ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes (3). Innerhalb der Schweiz kann die Zustellung auch durch die Post erfolgen (4). Zustellungen an Personen im Ausland können grundsätzlich nur mit Bewilligung der zuständigen ausländischen Behörde vorgenommen werden, da es sich bei der Zustellung um einen Hoheitsakt handelt. Eine Zustellung durch die Post kommt in diesem Falle nur in Frage, wenn dies vom ausländischen Staat geduldet wird oder eine staatsrechtliche Vereinbarung (5) besteht (6). Unterlässt es eine Partei, die während eines Gerichtsverfahrens getätigte Aenderung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes dem Gericht bekanntzugeben, so ist eine Zustellung an die letztbekannte Adresse rechtswirksam (7). Verweigert der Adressat die Annahme eines gehörig zugestellten Urteils, so gilt die Zustellung trotzdem als vollzogen (8). Eine Zustellung gilt nicht nur dann als vereitelt, wenn der Adressat die Entgegennahme ausdrücklich ablehnt, sondern auch dann, wenn er in Kenntnis des Prozesses den Vollzug der Zustellung verunmöglicht (9). Scheitert eine Zustellung ohne Verschulden des Adressaten, so ist sie zu wiederholen (10). Hat die Partei einen Vertreter, so richtet sich die Zustellung an ihn (11). Ist eine Zustellung an eine Partei im Inland nicht möglich, so kann die Partei verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (12). Wird diese Anordnung nicht befolgt, so kann die Zustellung durch Publikation ersetzt werden (13).

- 1 GVG 157/158/184/185
- 2 GVG 187 / Hauser/Hauser, a.a.O., A. I zu § 211
- 3 GVG 187 I i.V.m. 177
- 4/5 GVG 187 I i.V.m. 178
- 6 Guldener IZR, s. 19 / vgl. Listre über das Zustellungswesen SJZ 53 S. 15
- 7 GVG 187 I i.V.m. 181
- 8 Guldener, a.a.O., S. 253 / GVG 179 II
- 9 BGE 82 II 167 / GVG 179 II
- 10 GVG 187 I i.V.m. 179
- 11 GVG 176 I
- 12/13 ZPO 30

Bei einfacher oder notwendiger Streitgenossenschaft können die Streitgenossen einen gemeinsamen Vertreter als Zustellungsempfänger bestellen. Andernfalls bestimmt das Gericht einen Zustellungsempfänger, an den die Zustellung des erstinstanzlichen Urteils mit Wirkung für alle erfolgt, es sei denn, die Streitgenossen bestimmen nachträglich noch einen eigenen Vertreter oder sie haben ausdrücklich gesonderte Zustellung verlangt (1).

Wird der Adressat in seiner Wohnung oder an seinem Arbeitsort nicht angetroffen, so kann die Zustellung bei Benützung der Post an einen erwachsenen Angehörigen erfolgen, der mit dem Adressaten im gleichen Haushalt lebt (2). Wohnen jedoch die Parteien im gleichen Haushalt, so darf die für eine Partei bestimmte Zustellung nicht an die Gegenpartei erfolgen (3). Richtet sich die Zustellung an eine Postfachadresse oder wird der Empfänger nicht angetroffen, so legt die Post eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Postfach. Erfolgt dann binnen sieben Tagen keine Abholung, so gilt die Sendung als am letzten Tage der Abholfrist zugestellt (4).

Wird ein Urteil sowohl der Partei als auch ihrem Bevollmächtigten zugestellt und zwar an verschiedenen Tagen, so ist das spätere Zustellungsdatum massgebend. Nimmt aber der Vertreter beide Zustellungen in Empfang, so gilt die an die Partei gerichtete Zustellung als am Tage der Entgegennahme durch den Bevollmächtigten zugestellt (5). Ist eine Zustellung trotz sachdienlicher Nachforschungen nicht möglich, so wird das erstinstanzliche Urteil im Amtsblatt und nach Bedürfnis auch in anderen geeigneten Blättern publiziert (6). Erweist sich eine im Ausland notwendige Zustellung als undurchführbar, so kann sie ebenfalls durch Publikation ersetzt werden (7). Wird ein Urteil zu recht publiziert, so ist der Tag massgebend, an dem das Publikationsorgan am Ort der Postaufgabe den Abonnenten mit der gewöhnlichen Postaustragung zugestellt wird (8). Bei der Fristenberechnung wird der Tag der Eröffnung des Urteils nicht mitgezählt (9). Den Parteien soll nämlich der ganze erste Tag der Frist zur Verfügung stehen (10).

- 1 ZPO 42
- 2 GVG 177 II / VO (1) zum PVG Art. 147 lit. b (SR 147 lit b)
- 3 ZR 52 Nr. 143
- 4 BGE 100 III 3
- 5 Hauser/Hauser, a.a.O., A. III zu § 211 mit Verweis auf SJZ 36 S. 285
Nr. 207 u. BGE 91 IV 389
- 6/7 GVG 187 i.V.m. 183
- 8 ZR 65 Nr. 115, 60 Nr. 34
- 9 GVG 191
- 10 Hauser/Hauser, a.a.O., A. IV zu § 211

IV) Stillstand und Unterbruch der Berufungsfrist

Die Berufungsfrist steht in den Gerichtsferien nach Massgabe von GVG 140 still und wird durch Konkurseröffnung unterbrochen (1).

V) Erstreckung der Berufungsfrist

Gesetzliche Fristen sind grundsätzlich unabänderlich (2). Eine Fristerstreckung kann aber gewährt werden, wenn eine Partei oder ihr Vertreter im Laufe der Frist stirbt oder handlungsunfähig wird (3). Das Gesetz äussert sich nicht über die Form eines Erstreckungsgesuches. Die Praxis verlangt Schriftform und zwar in so vielen Exemplaren, dass auch die Gegenpartei davon Kenntnis nehmen kann, ohne vorher die Akten einsehen zu müssen (4). Das Gesuch muss stichhaltig begründet sein (5). Grundsätzlich muss der Gesuchsteller das Vorliegen der Erstreckungsgründe glaubhaft machen (6).

Das Gesuch muss vor Ablauf der Berufungsfrist gestellt werden (7). Die Berufungsfrist gilt als gewährt, wenn vor deren Ablauf ein Erstreckungsgesuch eingeht, selbst wenn die Erstreckung abgelehnt wird, sofern die angeführten Erstreckungsgründe ernsthaft in Betracht fallen und nicht bloss eine Trölerei bezwecken (8). Es ist dann eine kurze Nachfrist anzusetzen. Die Ablehnung eines Erstreckungsgesuchs kann nach Massgabe von ZPO 281 I Ziff. 1 mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs (9).

VI) Ende der Berufungsfrist

Die schriftliche Berufungserklärung muss innert zehn Tagen seit Beginn der Frist an die erste Instanz gelangen oder zu deren Händen der schweizerischen Post übergeben sein (10).

Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag oder öffentlichen Ruhetag (11), so endet sie am nächsten Werktag (12). Wird die Berufungserklärung

- 1 SchKG 207
- 2 GVG 189 I
- 3 GVG 189 II
- 4-6 Hauser/Hauser, a.a.O., A. III zu § 215 / GVG 195
- 7 Hauser/Hauser, a.a.O., A. III zu § 215
- 8 ZR 58 Nr. 77 S. 216
- 9 Hauser/Hauser, a.a.O., A. IX zu § 215
- 10 ZPO 261 / GVG 193
- 11 vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., A. III zu § 212
- 12 GVG 192

irrtümlicherweise an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet, so gilt sie dennoch als rechtzeitig eingegangen (1). Die Weiterleitung an die zuständige Instanz erfolgt *ec officio* (2).

VII) Wiederherstellung der Berufungsfrist

Das Gericht kann auf Antrag einer säumigen Partei die Berufungsfrist widerherstellen; bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters bedarf es jedoch der Zustimmung der Gegenpartei (3). Die Wiederherstellung mildert die Gefahren des prozessualen Formalismus (4). Nur die Partei selbst, nicht etwa auch ihr Vertreter, ist zur Stellung eines Restitutionsantrages legitimiert (5).

Das Wiederherstellungsgesuch ist spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (6). Das Versäumen der Berufungsfrist kann auf Verschulden oder auf Unmöglichkeit beruhen (7). Bei Vorsatz fällt eine Restitution ausser Betracht (8). Für die Abgrenzung von grobem und leichtem Verschulden (GVG 199) gelten die Regeln des materiellen Rechts (9). Grobes Verschulden einer Hilfsperson der Partei oder ihres Vertreters wird grundsätzlich der Partei zugerechnet. Die Partei kann sich aber entlasten durch den Nachweis der *cura in eligendo und instruendo* (10).

Für die Wiederherstellung von Rechtsmittelfristen gilt ein strenger Masstab (11) (12). Es kann nicht im Sinne einer Gültigkeitsvoraussetzung verlangt werden, dass die Berufungserklärung zusammen mit dem Wiederherstellungsgesuch eingereicht wird (13). Dennoch empfiehlt es sich aus Gründen der Prozessökonomie Wiederherstellungsgesuch und Berufungserklärung gleichzeitig einzureichen (14). Das Wiederherstellungsgesuch kann schriftlich gestellt oder mündlich zu Protokoll gegeben werden (15).

- 1 GVG 194 I
- 2 GVG 194 II
- 3 GVG 199
- 4 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 1 I zu § 221
- 5 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 1 V zu § 221 / GVG 199
- 6 GVG 199 III
- 7/8 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 4 I zu § 221
- 9 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 4 II zu § 221
- 10 GVG 199 II
- 11 ZR 55 Nr. 5
- 12 vgl. Kasuistik bei: Hauser/Hauser, a.a.O., A. 4 I / 4 IIb zu § 221
- 13/14 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 6 III zu § 221
- 15 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 6 II zu § 221

3. KAPITEL: SACHLEGITIMATION ZUR BERUFUNG

§ 6 BEGRIFF DER SACHLEGITIMATION

Sachlegitimation ist die Berechtigung, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis in eigenem Namen (Aktivlegitimation) gegenüber dem Beklagten (Passivlegitimation) geltend zu machen (1). Fehlt es an der Sachlegitimation, so ist die Klage bzw. das Rechtsmittel als unbegründet abzuweisen (2). Ob die Sachlegitimation vorhanden ist, darüber entscheidet in erster Linie das materielle Recht (3).

§ 7 ZUR BERUFUNG LEGITIMIERTE

A) DIE PARTEIEN

I) Die Einzelparteien

Die Parteien des Erstprozesses (4) sind aktiv- und passivlegitimiert (5). Es kommt nicht darauf an, ob eine Partei zu Recht oder zu Unrecht als solche in erster Instanz zugelassen wurde. Auf dem Wege der Berufung kann jede Partei geltend machen, sie bzw. der Prozessgegner sei nicht partei- oder prozessfähig. Wurde in erster Instanz die Partei- oder Prozessfähigkeit verneint, so kann diese Frage mittels Berufung dem Obergericht vorgelegt werden (6).

Auch wer unter einem angemassten Namen den erstinstanzlichen Prozess geführt hat, ist zur Berufung legitimiert. In diesem Falle ist aber auch der wirkliche Träger des Namens legitimiert, weil er ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass nicht zu Unrecht ein Urteil auf seinen Namen ausgefällt werde. Namentlich kann ein Entscheid über die Berechtigung zur Führung eines Prozesses unter dem betreffenden Namen von beiden Seiten angestrebt werden (7).

1-3 Guldener, a.a.O., S. 139

4 vgl. ZPO 27 ff.

5 Guldener, a.a.O., S. 491

6/7 Guldener, a.a.O., S. 505 F. FN 52

II) Streitgenossenschaften

1) Einfache Streitgenossenschaften

Jeder Einfache Streitgenosse des Erstprozesses kann unabhängig von den anderen die Berufung ergreifen (1), soweit es sich um seine eigenen Rechte und Pflichten handelt (2). Dasselbe gilt für die Passivlegitimation, wobei es im Ermessen der Partei liegt, ob sie nur gegen einzelne oder gegen alle einfachen Streitgenossen vorgehen will (3).

2) Notwendige Streitgenossenschaften

a) Aktivlegitimation

aa) Grundsatz

Grundsätzlich können notwendige Streitgenossen nur alle gemeinsam als Berufungskläger auftreten (4).

bb) Ausnahmen

aaa) Generelle Ausnahme

Weigert sich ein Streitgenosse Berufung einzureichen, während der andere dies tun möchte, so kann letzterer in eigenem Namen Berufung erklären und den unwilligen Streitgenossen als Nebenintervenienten beiziehen (5).

bbb) Einzelausnahmen

aaaa) Gestaltungsklagen

Für Gestaltungsklagen ergibt sich aus dem materiellen Bundesrecht, dass jeder

- 1 ZPO 40 II
- 2 ZR 54 Nr. 170
- 3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 40
- 4 ZPO 39 I
- 5 Guldener, a.a.O., S. 493 FN. 61

einzelne Streitgenosse zur selbständigen Wahrung seiner Interessen und damit zur selbständigen Berufung legitimiert ist (1)

bbbb) Statusklagen

Die bundesgerichtliche Praxis (2) anerkennt bei Statusklagen die Berechtigung jedes einzelnen Streitgenossen, mit Wirkung für alle ein Rechtsmittel einzulegen.

b) Passivlegitimation

Passivlegitimiert in erster Instanz und im Berufungsverfahren sind diejenigen notwendigen Streitgenossen, welche das klägerische Rechtsbegehren nicht anerkennen (3).

B) RECHTSNACHFOLGER DER PARTEIEN

I) Singularsukzession

1) Ohne Zustimmung der Gegenpartei

Wenn eine Partei das eingeklagte Recht einbüsst oder von der eingeklagten Verpflichtung frei wird, weil sie während des Prozesses den Streitgegenstand veräussert, so ist der Erwerber berechtigt, an ihrer Stelle in den Prozess einzutreten (4). Eine Zustimmung der Gegenpartei ist im Gegensatz zum alten Recht (5) nicht erforderlich. Ein Parteiwechsel ist auch im Berufungsverfahren nicht möglich (6).

2) Mit Zustimmung der Gegenpartei

Im übrigen ist ein Parteiwechsel nur zulässig, wenn alle bisherigen Parteien zustimmen (7).

- 1 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 14 zu § 39
- 2 BGE 82 II 2, 87 II 284, 95 II 294 / Prot. EK 1166
- 3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 11 zu § 49
- 4 ZPO 49 I / vgl. Kritik zur allzu weiten Fassung der ZPO bei Walder, a.a.O., S. 174
- 5 aZPO 47
- 6 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 9 zu § 49
- 7 ZPO 49 II

II) Universalsukzession

Bei der Gesamtnachfolge bestimmen sich die prozessualen Folgen nach Bundesrecht (1). Während der Ausschlagungsfrist ist die Parteistellung der Erben resolutiv bedingt (2).

C) HAUPT- UND NEBENINTERVENIENTEN

Haupt- und Nebenintervenienten des Erstprozesses (3) sind aktiv- und passivlegitimiert im Berufungsverfahren (4). Während die Hauptintervention nur in erster Instanz erklärt werden kann (5), ist eine Nebenintervention noch im Berufungsverfahren möglich (6). Gegenüber dem Hauptintervenienten sind dessen Prozessgegner notwendige Streitgenossen (7). Grundsätzlich kann der Nebenintervenient auch Berufung erklären, wenn die Partei dies nicht tut (8). Hat aber die Partei die Klage zurückgezogen oder eine Klage des Prozessgegners anerkannt oder rechtswirksam auf die Berufung verzichtet, so kann der Nebenintervenient nicht mehr Berufung einlegen (9).

D) LITISDENUNZIATEN

Ist eine Streitverkündung (10) erfolgt, so ist der Streitberufene (Litisdenunziat) berechtigt, als Nebenintervenient dem Prozess beizutreten (11). Die Hauptpartei kann aus dem Prozess austreten und die Prozessführung gänzlich dem Streitberufenen oder einem Nebenintervenienten überlassen (12). Das Urteil lautet dann aber gleichwohl auf den Namen der Hauptpartei (13).

- 1 vgl. ZGB 560/215, OR 748 / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N 11 zu § 49
- 2 Tuor/Picenoni, a.a.O., N. 13 u. 14 zu Art. 571
- 3/4 vgl. ZPO 43 ff. / Guldener, a.a.O., S. 492
- 5 ZPO 43 I
- 6 ZPO 44 II
- 7 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 1 zu § 43
- 8/9 Guldener, a.a.O., S. 308
- 10 ZPO 46
- 11 ZPO 47
- 12/13 ZPO 48

4. KAPITEL: VERFAHRENSABLAUF

§ 8 ALLGEMEINE AUSFUEHRUNGEN BETREFFEND DIE PARTEIPROZESS- HANDLUNGEN

A) BEGRIFF DER PARTEIPROZESSHANDLUNGEN

I) Funktionale Begriffsbestimmung

Parteiprozesshandlungen lassen sich auf Grund ihrer Wirkungen definieren. Nach Meinung Guldener's handelt es sich dabei um Rechtshandlungen einer Partei, deren Wirkung auf dem Gebiete des Prozessrechts liegen. Damit dürfte aber noch keine scharfe Abgrenzung gegenüber dem Begriff der Rechtsgeschäfte gewonnen sein (1). Mittelbar wirken sich auch die Rechtsgeschäfte auf den Prozess aus. Der Prozess kann nämlich der Durchsetzung eines Rechtsgeschäftes dienen und wird somit durch dieses mittelbar veranlasst. Die Definition Guldener's wäre immerhin dahingehend zu präzisieren, dass nur diejenigen Rechtshandlungen der Parteien Parteiprozesshandlungen sind, deren Wirkung unmittelbar auf dem Gebiete des Prozessrechts liegen. Eine präzise Definition der Parteiprozesshandlung findet sich bei Baumgärtel (2): "Parteiprozesshandlung ist jedes äussere auf einem bewussten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten einer Partei, dessen charakteristische Wirkung entweder in der Gestaltung des Verfahrens oder in der Schaffung eines Tatbestandes besteht, der sich auf ein bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozess eine Verfahrensgestaltung herbeiführt oder verhindert."

II) Finale Begriffsbestimmung

Einfacher und anschaulicher lässt sich der Begriff der Parteiprozesshandlung definieren, wenn man auf den dabei angestrebten Zweck abstellt. Gleichzeitig ergibt sich auch eine einfache Abgrenzung gegenüber den Rechtsgeschäften. Letztere sind "Willensäusserungen, welche die Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses bezwecken (3).

- 1 vgl. die Definition bei Guldener, a.a.O., S. 258
- 2 Baumgärtel, a.a.O., S. 291
- 3 Von Tuhr/Peter, a.a.O., S. 143

Demgegenüber bezwecken die Parteiprozesshandlungen die Durchsetzung eines Rechts bzw. die Aufrechterhaltung eines bestehenden Rechtszustandes (1). Weniger bedeutsam ist die Abgrenzung gegenüber den Prozesshandlungen des Gerichts, deren Urheber das Gericht und nicht die Parteien ist (2).

B) BEDEUTUNG DER BEGRIFFSBESTIMMUNG

Gemäss BV 64 liegt die Gesetzgebungskompetenz für zivilrechtliche Rechtsgeschäfte grundsätzlich beim Bund. Für die Rechtssetzung betreffend zivilprozessuale Institute wie z.B. Prozesshandlungen sind hingegen grundsätzlich die Kantone zuständig (3).

Aber auch für die Rechtsanwendung spielt es eine Rolle, ob ein Rechtsinstitut als privatrechtliches Rechtsgeschäft oder als öffentlichrechtliche Parteiprozesshandlung qualifiziert wird, gelten doch im öffentlichen Recht andere Auslegungsprinzipien als im Privatrecht.

C) AUSLEGUNG DER PARTEIPROZESSHANDLUNGEN

Wo es sich bei Parteiprozesshandlungen um Willenserklärungen handelt, sind sie nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Wie im Privatrecht ist zur Ermittlung des wahren Sinnes einer Parteiprozesshandlung nicht nur der Wortlaut massgebend, sondern es gilt, alle Umstände zu berücksichtigen, unter denen eine Erklärung abgegeben wird (4). Bei Erklärungen, welche nicht zweifelsfrei ausgelegt werden können, muss das Gericht von seinem Fragerecht Gebrauch machen (5). Wird eine Partei irrtümlicherweise falsch bezeichnet, ist aber erkennbar, wer klagt, bzw. wer beklagt werden soll, so ist dieser Mangel ex officio zu berichtigen (6).

D) GRUNDSÄTZLICHE BEDINGUNGSFEINDLICHKEIT DER PARTEIPROZESSHANDLUNGEN

Aus Gründen der Rechtssicherheit und der beförderlichen Prozessführung sind Parteiprozesshandlungen grundsätzlich bedingungsfeindlich (7). Wird aber eine Tatsache zur Bedingung gemacht, deren Eintritt oder Nichteintritt im Verlaufe

1 Von Tuhr/Peter, a.a.O., S. 156
2 vgl. Guldener, a.a.O., S. 242
3 BV 64 III
4 Guldener, a.a.O., S. 262
5 ZPO 55
6 ZR 73 Nr. 97, 98
7 Guldener, a.a.O., S. 262

des Prozesses notwendigerweise ersichtlich wird, so ergeben sich daraus auch keine längerfristigen Unklarheiten. Für solche Fälle bestehen keinerlei Gründe, am Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit festzuhalten; z.B. kann Berufung eingelegt werden für den Fall, dass der Prozessgegner Berufung erklären sollte (1).

E) DIE WAHRUNG VON TREU UND GLAUBEN, SITTE UND ANSTAND BEI PARTEIPROZESSHANDLUNGEN

Der Grundsatz von Treu und Glauben (2) verbietet eine Ausnutzung formal gegebener Befugnisse zu reinen Schikanezwecken (3). Böswillige oder mutwillige Parteiprozesshandlungen können disziplinarisch geahndet werden (4).

Die Parteien müssen bei ihrer Prozesshandlung Sitte und Anstand respektieren. Insbesondere sind weitschweifige mündliche oder schriftliche Parteierklärungen unzulässig (5).

F) UMFANG DER PARTEIPROZESSHANDLUNGEN

Da der Begriff der Parteiprozesshandlung in der Lehre umstritten ist, lässt sich auch der Umfang dieses Begriffes nicht mit Sicherheit festlegen. Zu den Parteiprozesshandlungen zählen zweifellos die Prozessverträge (Zweiseitige Parteiprozesshandlungen) wie Prorogationsvertrag und Schiedsvertrag (6). Zu den wichtigsten einseitigen Parteiprozesshandlungen gehören: Anträge, die das Gericht auffordern, einen Entscheid oder eine dem Prozessbetrieb dienende Anordnung zu erlassen; Rechts- und Tatsachenbehauptungen zur Begründung von Anträgen, Prozesseinreden, Zustimmungserklärungen zu Prozesshandlungen der Gegenpartei und schliesslich Realakte wie Leistung von Prozesskautionen und die Einsendung von Urkunden beim Gericht (7).

G) VERBESSERUNG FEHLERHAFTER PROZESSHANDLUNGEN

Fehlerhafte Prozesshandlungen des Gerichts, d.h., solche, die unter Verletzung

- 1 Guldener, a.a.O., S. 262, a.A. BGE 83 II 85
- 2 ZPO 50
- 3 Baumgärtel, a.a.O., S. 139
- 4 ZPO 50 III / ZR 14 Nr. 166 / BGE 100 II 309
- 5 Guldener, a.a.O., S. 262
- 6/7 Guldener, a.a.O., S. 209

einer Rechtsnorm zustandegekommen sind, müssen vom Gericht ex officio verbessert werden (1). Da der Grundsatz, iura novit curia (2) gilt, hat das Gericht dafür zu sorgen, dass ein Urteil nicht auf Grund fehlerhafter gerichtlicher Prozesshandlungen oder unter Missachtung von Verfahrensvorschriften ergeht (3). Parteiprozesshandlungen sind fehlerhaft, wenn sie im Widerspruch zu einer Rechtsnorm stehen, indem sie entweder formal oder inhaltlich ungenügend, unzulässig oder unvollständig sind (4). Das Gericht hat fehlerhafte Parteiprozesshandlungen als unzulässig zurückzuweisen, sofern sie nicht bloss gegen Ordnungsvorschriften verstossen (5). Wenn das Gericht die Fehlerhaftigkeit einer Parteiprozesshandlung nicht ahndet, so gelten auch alle gerichtlichen Prozesshandlungen, die sich auf die fehlerhafte Parteiprozesshandlung stützen, als fehlerhaft (6).

H) RECHTSFOLGEN UNVERBESSERTER FEHLERHAFTER PROZESSHANDLUNGEN

Grundsätzlich führen fehlerhafte Prozesshandlungen des Gerichts lediglich zur Anfechtbarkeit des darauf beruhenden Urteils oder sie können selbstständig angefochten werden (7). Absolute Nichtigkeit tritt nur in Ausnahmefällen ein, z.B. Fällung eines Urteils im Ehescheidungsprozess durch das Handelsgericht. Es fragt sich allerdings, ob bei derartigen schweren und offensichtlichen Mängeln überhaupt noch von einer Prozesshandlung gesprochen werden kann. In der deutschen Literatur wird hier von "grobfehlerhafter Prozesshandlung" (8) oder gar von Nicht-Prozesshandlung (9) gesprochen. Die Fehlerhaftigkeit von Prozesshandlungen kann jedoch auch ohne Folgen bleiben, d.h., der Mangel kann unter Umständen geheilt werden. Dies ist stets der Fall, wenn eine fehlerhafte gerichtliche Prozesshandlung ohne Folgen für das Verfahren geblieben ist, z.B., die fehlerhafte Vorladung einer Partei zur Hauptverhandlung, wenn die Partei trotzdem vorbereitet vor Gericht erscheint, weil sie anderweitig rechtzeitig von der Tagfahrt erfahren hat (10).

1 Guldener, a.a.O., S. 227

2 ZPO 57

3 Guldener, a.a.O., S. 227

4-6 Guldener, a.a.O., S. 229

7 Guldener, a.a.O., S. 279 / Thomas Sträuli, Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1966, S. 18

8 vgl. Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, Göttingen 1950, S. 95

9 Diss. Lothar Luxenburg, a.a.O., S. 21 / vgl. im übrigen: Imboden, Der nichtige Staatsakt, S. 110

10 Sträuli, a.a.O., S. 41 ff. / Guldener, a.a.O., S. 281 f.

Eine fehlerhafte Prozesshandlung des Gerichts kann auch dadurch geheilt werden, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend ihre Zustimmung erklären. Dies ist aber nur dann möglich, wenn es sich um dispositive Verfahrensvorschriften (1) handelt, d.h., solche, die nur im Interesse der Parteien aufgestellt worden sind und keine öffentlichen Interessen berühren (2); z.B. können die Parteien ausdrücklich auf den Ausstand verzichten (3).

Wo kein Rechtsmittel besteht oder dieses nicht ergriffen wird, werden fehlerhafte gerichtliche Prozesshandlungen unabänderlich (4). Mangelhafte Parteiprozesshandlungen können innert Frist durch Neuvernahme verbessert werden (5). Verspätete Parteiprozesshandlungen können nachgeholt werden, sofern an die erste Versäumnis keine Verwirkungsfolgen geknüpft sind und nicht bereits eine zweite Säumnis vorliegt (6). Ferner besteht die Möglichkeit der Wiederherstellung (7). Bisweilen ist den Parteien zur Verbesserung eine Nachfrist anzusetzen (8).

Parteiprozesshandlungen können grundsätzlich nicht wegen Willensmängeln angefochten werden, es sei denn, sie kämen ihrem Tatbestand, z.B. Prozessverträge, oder ihren Wirkungen nach, z.B. Klagerückzug, einem Rechtsgeschäft nahe (9).

§ 9 BERUFUNGSERKLÄRUNG

A) BEGRIFF DER BERUFUNGSERKLÄRUNG

Berufungserklärung ist die form- und fristgebundene Willenserklärung des Berufungsklägers, mit der er die Anfechtung des Urteils der Vorinstanz zum Ausdruck bringt (10).

B) FORM DER BERUFUNGSERKLÄRUNG

Die Berufungserklärung ist an die Schriftform gebunden (11). Es genügt auch ein Telegramm, sofern die Aufgabendepesche vom Berufungskläger oder seinem Vertreter unterzeichnet ist (12).

- 1-2 Sträuli, a.a.O., S. 41 ff. / Guldener, a.a.O., S. 281 f.
- 3 GVG 102 I
- 4-6 Sträuli, a.a.O., S. 41 ff. / Guldener, a.a.O., S. 281 f.
- 7 GVG 199 f.
- 8 z.B. ZPO 131, 55, 113, 126, 127 u.a.
- 9 Guldener, a.a.O., S. 281 f.
- 10 ygl. ZPO 261
- 11 ZPO 261 I
- 12 SJZ 49 S. 313 Nr. 136

C) INHALT DER BERUFUNGSEKLAERUNG

In der Berufungserklärung muss zum Ausdruck gebracht werden, dass eine Ueberprüfung des Urteils durch die Berufungsinstanz verlangt wird. Nicht erforderlich ist die Bezeichnung des Schreibens als Berufungserklärung. Wird die Eingabe versehentlich als Rekurs bezeichnet, so gilt sie dennoch als Berufungserklärung, wenn sich aus dem Inhalt ergibt, dass die Eingabe als solche gedacht ist (1). Im Gegensatz zu aZPO 222 I müssen keine Berufungsanträge gestellt werden.

D) ADRESSAT DER BERUFUNGSEKLAERUNG

Die Berufungserklärung richtet sich an die erste Instanz (2). Wird die Eingabe aus Irrtum an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet, so muss sie von Amtes wegen an die zuständige Instanz überwiesen werden (3).

E) FRIST FUER DIE BERUFUNGSEKLAERUNG

vgl. 2. Kapitel § 5 E

F) WIRKUNGEN DER BERUFUNGSEKLAERUNG

I) Devolutiveffekt

Die Berufungserklärung wirkt devolutiv, d.h. eine gegenüber der Erstinstanz höhere Gerichtsbehörde entscheidet über das Rechtsmittel (4). Immerhin kann ausnahmsweise eine Rückweisung an die Vorinstanz erfolgen (5), was aber nichts daran ändert, dass der grundsätzliche Entscheid über das Rechtsmittel in jedem Falle von einer höheren Instanz ausgeht.

Der Devolutiveffekt trägt zwei fundamentalen Geboten der Rechtsordnung Rechnung. Das Gebot der Rechtseinheit verlangt, dass grundsätzlich nur übergeordnete Instanzen im Zuge eines Rechtsmittelverfahrens entscheiden: Nur wo ein höheres oder oberstes Gericht in einem Gemeinwesen vorhanden ist, an das die Prozesse

1 ZR 70 Nr. 44, 30 Nr. 11, 17 Nr. 22

2 ZPO 261 I

3 GVG 194

4 Guldener, a.a.O., S. 498 / Gilles, a.a.O., S. 180 ff. / GVG 43 I

5 ZPO 270

auf dem Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist eine gleichmässige Rechtsanwendung gewährleistet (1).

Das Gebot der Findung des wahren materiellen Rechts verlangt grundsätzlich, dass eine unbefangene Instanz, die sich noch nicht auf eine Meinung festgelegt hat, über das Rechtsmittel entscheidet. Nur wo ein Rechtsmittel damit begründet wird, dass neue Tatsachen oder Beweise entdeckt worden seien oder, dass der erstinstanzliche Entscheid auf einem offensichtlichen oder unbeabsichtigten Irrtum beruhe, bestehen keine Bedenken, die Erstinstanz zugleich auch als Rechtsmittelinstanz zuzulassen. Im ersten Fall muss nämlich über einen neuen Tatbestand entschieden werden und im zweiten Fall dürfte es auch im Interesse der Erstinstanz liegen, ihr eigenes Versehen zu beheben (2).

II) Suspensiveffekt

Die Berufungserklärung wirkt suspensiv, nach Stellung der Berufungsanträge aber nur in deren Umfang (3). Der Suspensiveffekt besteht darin, dass das angefochtene Urteil weder formell noch materiell rechtskräftig wird, bis die Rechtsmittelinstanz ihren Endentscheid gefällt hat (4).

Soweit ein Rechtsmittel rechtswirksam nur innert einer relativ kurzen Zeit eingereicht werden kann und sich demgemäss das Rechtsmittelverfahren unmittelbar an das erstinstanzliche Verfahren anschliesst, wäre es wenig sinnvoll, ein bereits vollstreckbares und vollstrecktes Urteil zweitinstanzlich wieder aufzuheben. Wo wegen der kurzen Fristen die Rechtssicherheit gewahrt bleibt, stehen der Suspensivwirkung keinerlei Bedenken entgegen (5).

III) Reformations- und Kassationseffekt

Bei den devolutiven Rechtsmitteln kann zwischen reformatorischen und kassatorischen unterschieden werden, während nicht-devolutive Rechtsmittel notwendigerweise reformatorisch sind (6). Kassatorische Rechtsmittel führen, sofern sie begründet sind, zur Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung, wobei die verbesserte Entscheidung selbst durch die erste Instanz gefällt wird.

- 1 Guldener, a.a.O., S. 498
- 2-4 Guldener, a.a.O., S. 498 / ZPO 260
- 5 Guldener, a.a.O., S. 501
- 6 Guldener, a.a.O., S. 501 / ZPO 270

Bei den reformatorischen Rechtsmitteln hingegen fällt die Rechtsmittelinstanz selbst eine Entscheidung, begnügt sich also nicht mit der Rückweisung an die Erstinstanz. Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel, kann ausnahmsweise aber auch kassatorische Wirkung zeitigen (vgl. § 13 B) (1).

§ 10 UEBERWEISUNG AN DIE BERUFUNGSINSTANZ

Nach Eingang der Berufungserklärung verfasst die erste Instanz einen Bericht über die Wahrung der Berufungsfrist, die Berechnung des Streitwertes und die Kautionspflicht gemäss ZPO 73 (2). Im Gegensatz zu aZPO 324 obliegt das Zulassungsverfahren nicht mehr der ersten Instanz, sondern der Berufungsinstanz (3). Damit ist es nicht Sache der unteren Instanz, über die Wahrung der Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen zu entscheiden. Die erste Instanz muss den Bericht und sämtliche Prozessakten binnen zehn Tagen nach dem Eingang der Berufungserklärung dem Obergericht (4) zustellen (5). Auch Gesuche um Erlass vorsorglicher Massnahmen, welche mit der Berufungserklärung eingehen, müssen grundsätzlich an das Obergericht überwiesen werden. Nur wo sofort gehandelt werden muss, ist die untere Instanz zuständig (6).

§ 11 ZULASSUNGSVERFAHREN

Im Zulassungsverfahren überprüft die Berufungsinstanz, ob die Berufung zulässig sei, d.h., ob die Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen gewahrt sind (7). Ist dies nicht der Fall, so wird ein Nichteintretensbeschluss gefällt, wobei es sich um ein Prozessurteil handelt (8), das mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann (9). Liegen nur formelle Fehler (10) vor, so muss dem Berufungskläger

- 1 Guldener, a.a.O., S. 501 / ZPO 270
- 2 ZPO 262
- 3 ZPO 262/263
- 4 GVG 43 I
- 5 ZPO 262
- 6 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 262
- 7/8 ZPO 263 / Guldener, a.a.O., S. 242 f.
- 9 ZPO 281
- 10 GVG 131 I

zu deren Behebung eine Frist angesetzt werden (1).

Das erstinstanzliche Urteil erwächst mit dem Tage des obergerichtlichen Nichteintretensbeschlusses in formeller Rechtskraft, sofern nicht eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Nichteintretensbeschluss erhoben und dieser Suspensivwirkung beigemessen wird (2). Das Obergericht entscheidet über die Auferlegung einer Prozesskaution (3), über die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung oder Vertretung (4) und grundsätzlich (5) über den Erlass vorsorglicher Massnahmen (6).

§ 12 BERUFUNGSSCHRIFT

A) BEGRIFF DER BERUFUNGSSCHRIFT

Berufungsschrift ist die schriftliche fristgebundene Eingabe des Berufungsklägers, mit der er die begründeten Berufungsanträge und allfällige Noven vorbringt (7).

B) INHALT DER BERUFUNGSSCHRIFT

I) Wenn der Kläger des Erstprozesses allein die Berufung erklärt

1) Berufungsanträge (8)

Die Berufungsinstanz überprüft Verfahren und Urteil der unteren Instanz grundsätzlich nur im Rahmen der Berufungsanträge (9). Bei den Berufungsanträgen handelt es sich demnach um die Erklärung des Berufungsklägers, inwieweit er eine Aenderung des angefochtenen Urteilsdispositivs verlangt und inwieweit er es gegen sich gelten lassen will. Berufungsanträge können schon in der Berufungserklärung

- 1 GVG 131 II
- 2 ZPO 286 / 190
- 3 ZPO 79 I
- 4 ZPO 90
- 5 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 262
- 6 ZPO 110
- 7 vgl. ZPO 264 u. 267
- 8 vgl. Schüepp, Renzo, Der Berufungsantrag im Zivilprozess, Diss. Zürich 1979
- 9 ZPO 269 I

gestellt werden, müssen aber, unter Vorbehalt von ZPO 115 Ziff. 1, spätestens mit der Berufungsschrift erfolgen, ansonsten auf die Berufung nicht eingetreten wird (1). Zu einem späteren Zeitpunkt können im Gegensatz zum alten Recht (2) keine Erweiterungen der Berufungsanträge vorgenommen werden. Dies gilt auch für Nebenansprüche i.S.v. ZPO 20 (3). Bei Forderungsklagen muss in den Berufungsanträgen grundsätzlich ziffernmässig angegeben werden, welche Geldsumme verlangt wird (4). Ausnahmsweise genügt aber ein Antrag auf Beurteilung des Beklagten zu "angemessenen" oder den "üblichen Leistungen". Wenn nämlich im Falle von ZPO 61 II die Vorinstanz gar keine Beweise über die Höhe der Forderung abgenommen hat, weil sie die Leistungspflicht des Beklagten verneinte, so muss es dem Berufungskläger möglich sein, seinen Anspruch erst nach der Durchführung eines Beweisverfahrens in zweiter Instanz zu beziffern (5). Dasselbe gilt, wenn in zweiter Instanz wesentliche Noven vorgebracht werden, so dass ein weiteres Beweisverfahren nötig ist (6).

Für die Feststellung des Inhaltes der Berufungsanträge sind diese nicht allein massgebend, vielmehr müssen hiezu auch die Begründungen herangezogen werden (7). Der Berufungskläger kann sich in seinen Anträgen auch darauf beschränken, zu erklären, er halte an seinem erstinstanzlichen Klagebegehren fest (8). Letzteres ist nämlich im angefochtenen Urteil aufgeführt, so dass der Berufungsinstanz der Inhalt der Anträge bekannt ist (9). Infolge der richterlichen Fragepflicht (10) muss das Gericht dem Berufungskläger unter Umständen Gelegenheit geben, unklare oder widersprüchliche Anträge zu ergänzen und zu klären (11).

Der Berufungskläger kann auch eine Rückweisung an die Vorinstanz beantragen. Grundsätzlich ist dies aber nur in der Form eines Eventualantrages möglich, da der Entscheid hierüber im Ermessen der Berufungsinstanz liegt (12). Ausnahmsweise kann die Rückweisung auch als Hauptantrag verlangt werden. Wo nämlich der Entscheid der Vorinstanz in eine falsche Erledigungsform (13) gefasst wurde

- 1 ZPO 263
- 2 aZPO 322 II
- 3 vgl. ZR 17 Nr. 101
- 4 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 264, in Analogie zur Praxis des Bundesgerichts zu OG 51 lit. b. (BGE 91 II 283, 86 II 193), vgl. Birchmeier, a.a.O., S. 198 f.
- 5/6 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 264
- 7 BGE 88 II 206, 86 II 193
- 8 BGE 81 II 251
- 9 GVG 157 Ziff. 6
- 10 ZPO 55
- 11 ZR 62 Nr. 51
- 12 ZPO 270
- 13 ZPO 188 II

oder wo ein Sachentscheid gefällt wurde, ohne das Hauptverfahren ordnungsgemäss durchzuführen, muss in jedem Fall eine Rückweisung stattfinden (1).

Der Berufungskläger kann auch Eventualanträge stellen für den Fall, dass der Prozessgegner seinerseits Berufung erklärt oder, dass dessen Berufungsanträge gutgeheissen werden (2).

2) Berufungsbegründung

In der Berufungsschrift sind die Berufungsanträge zu begründen (3). Analog zu ZPO 113/126 muss der Berufungskläger seine Anträge substantzieren. Dabei genügt es grundsätzlich, wenn diejenigen Tatsachen vorgebracht werden, welche für die Anwendung der in Betracht fallenden Rechtssätze unmittelbar von Bedeutung sind (4). Einen allzu strengen Masstab an die Behauptungslast zu legen, würde gegen das rechtliche Gehör verstossen (5).

Urkunden sind samt einem Verzeichnis vorzulegen (6). Nicht analog anwendbar ist ZPO 130, d.h. für die Behebung von Mängeln ist nicht mehr Frist anzusetzen, da gemäss ZPO 264 bereits eine Frist angesetzt worden ist. Im Rahmen der Berufungsanträge können weitere Vorbringen bei der Replik angebracht werden (7).

3. Noven

a) Begriff der Noven und des Novenrechts

aa) Begriff der Noven

Die Eventualmaxime verlangt (8), dass die Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen sind, welche sie nicht mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtsschrift in erster Instanz vorgebracht haben. Beweismittel müssen spätestens mit der Beweisantretungsschrift bezeichnet werden (9).

1 ZR 76 Nr. 16

2 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 4 zu § 264

3 ZPO 264

4 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 7 zu § 113

5 Guldener, a.a.O., S. 137 / Kummer, Kommentar ZGB, N. 44 zu ZGB 8

6 analog zu ZPO 126

7 ZPO 268

8 ZPO 114

9 ZPO 137

Damit wird dem Gebot der Rechtssicherheit und insbesondere dem Gebot der Prozessökonomie Rechnung getragen. Im Dienste der Gerechtigkeit kann aber dieser Regel keine absolute Geltung zukommen. Es muss nämlich auch das Gebot der Verwirklichung des wahren materiellen Rechts beachtet werden. Daher statuiert das Gesetz im erstinstanzlichen (1) und im Berufungsverfahren (2) Ausnahmen zum Grundsatz der Eventualmaxime, die sogenannten Noven. Bei den Noven handelt es sich um Tatsachenbehauptungen, Einreden, Bestreitungen, Beweismittel und Anträge zur Sache, die auch nach dem durch die Eventualmaxime bestimmten Zeitpunkt erstinstanzlich oder zweitinstanzlich in den Prozess eingeführt werden können (3).

bb) Begriff des Novenrechts

aaa) Novenrecht im objektiven Sinne

Das Novenrecht im objektiven Sinne ist die Summe der prozessualen Normen, welche bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Noven zulässig sind (4).

bbb) Novenrecht im subjektiven Sinne

Das Novenrecht im subjektiven Sinne ist die Berechtigung einer Partei, Noven vorzubringen (5).

b) Inhalt des Novenrechts

aa) Tatsachenbehauptungen

Bei den Tatsachenbehauptungen handelt es sich um das Vorbringen derjenigen Tatsachen, von denen der Nachweis des Bestehens des Anspruchs abhängt (6).

- 1 ZPO 115/138
- 2 ZPO 267
- 3 vgl. ZO 14, 115, 138, 267, 200
- 4 vgl. Fehr, a.a.O., S. 15
- 5 vgl. Walder, a.a.O., S. 419
- 6 vgl. Fehr, a.a.O., S. 26

bb) Bestreitungen

Während die Tatsachenbehauptungen eine Offensivwaffe darstellen, handelt es sich bei den Bestreitungen um ein Verteidigungsmittel. Bestritten werden können: die Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen, die Legitimation, die vom Prozessgegner angeführten rechtsbegründenden Tatsachen, die Rechtsfolgen, welche der Prozessgegner den von ihm vorgelegten Tatsachen beimisst. In einem weiteren Sinne bilden auch die Einreden i.e.S. Gegenstand der Bestreitung (1). Welche Bestreitungen eine Partei geltend macht, hängt von ihrer Rolle im Berufungsverfahren ab.

cc) Einreden im weiteren Sinne

Mit den Einreden im weiteren Sinne werden entweder rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen geltend gemacht (Einwendungen) oder es wird ein subjektives Recht ausgeübt, auf Grund dessen die geschuldete Leistung aus materiell-oder prozessrechtlichen Gründen verweigert wird (Einrede i.e.S.) (2).

dd) Beweismittel

Bei den Beweismitteln handelt es sich um Sachen oder Personen, die in den Prozess eingeführt werden, um dem Gericht die Beweisgründe zu vermitteln (3). Beweisgründe sind "die eigene Wahrnehmung und das eigene Wissen des Gerichts und die Bekundungen von Auskunftspersonen, soweit sie im konkreten Fall das Gericht vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Tatsache zu überzeugen vermögen" (4).

ee) Die ausnahmsweise (ZPO 196/200) zulässigen Anträge zur Sache

aaa) Klageänderung

aaaa) Begriff der Klageänderung

Eine Klageänderung liegt vor, wenn der Kläger im Rahmen eines rechtshängigen Prozesses einen anderen oder weiteren Anspruch erhebt (5). Der Begriff der

1 Guldener, a.a.O., S. 196
2 Guldener, a.a.O., S. 196 f.
3/4 Guldener, a.a.O., S. 320
5 ZPO 61

Klageänderung hängt demnach zusammen mit der Frage der Anspruchsidentität, welche gemäss Praxis (1) ein bundesrechtliches Problem darstellt. In Doktrin und Praxis hat man sich diesbezüglich nicht für eine einheitliche Theorie entscheiden können (2).

bbbb) Grundsatz der Unzulässigkeit einer Klageänderung im Berufungsverfahren

aZPO 127 Ziff. 1 gestattete eine Klageänderung weder in erster noch in zweiter Instanz. Immerhin liess aber die Praxis unter Berufung auf Bundesrecht, bzw. die Officialmaxime, eine Klageänderung in gewissem Umfang zu. Im Berufungsverfahren ist eine Klageänderung auch nach neuem Recht grundsätzlich unzulässig (3).

cccc) ZPO 200 als Ausnahme zum grundsätzlichen Verbot einer Klageänderung in appellative

Eine Klageänderung ist nur möglich in den Prozessen nach ZPO 196 (limitative Enumeration), d.h. bei Klagen betreffend familienrechtliche Prozesse und Prozesse über den Personenstand (4).

bbb) Die ausnahmsweise (ZPO 200) zulässige Widerklage-Widerklage

Der Beklagte des erstinstanzlichen Prozesses kann auf die Klage auch antworten, indem er eine Widerklage erhebt, d.h., im gleichen Prozess selbständige Gegenansprüche gegen den Kläger stellt (5). Im Berufungsverfahren ist eine Widerklage grundsätzlich unzulässig und nur gerade bei Klagen i.S.v. ZPO 196 möglich (6). In diesen Ausnahmefällen dürfte auch stets unter den gleichen Voraussetzungen, welche für die Widerklage gelten (7), eine Widerklage des Hauptklägers im Berufungsverfahren auf die Widerklage möglich sein, zumindest dann, wenn sie mit der ersten konnex (8) ist und erst die erste Widerklage Anlass zur Widerklage-Widerklage gegeben hat. Die Praxis zur alten ZPO liess die Widerklage-

1 vgl. BGE 80 I 262

2 vgl. Walder, a.a.O., S. 263 / Lothar Hess, Die Klageänderung im Zürcher Prozessrecht, Diss. Zürich 1956

3 ZPO 200 e contrario, Sträuli/Messmer N. 1+2 zu ZPO 200

4 ZPO 200 / vgl. Prot. EK 1231, Prot KK 682

5 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 1 f. zu § 60

6 ZPO 200

7 vgl. S. 54

8 vgl. Guldener, a.a.O., S. 219

Widerklage auch bei fehlender Konnexität zu, sofern sie vom Gericht getrennt behandelt werden konnte (1). In der neuen ZPO bleibt die Frage weiterhin der Praxis überlassen (2).

Da die Widerklage-Widerklage angesichts der Möglichkeit einer Klageänderung seltener sein dürfte als die Widerklage, werden die Schranken ihrer Zulässigkeit im Rahmen der Ausführungen über die Berufungsschrift des erstinstanzlich Beklagten behandelt.

cc) Schranken des Novenrechts

aaa) Allgemeine Schranken

aaaa) Unmittelbare Schranken

aaaaa) Zeitablauf

Noven müssen spätestens mit der Berufungsschrift bzw. der Berufungsantwort vorgebracht werden. Das gilt unter Vorbehalt der Noven von ZPO 115/138, allgemein für alle Noven (3). Im Bereich der Oficialmaxime dürfte der Richter aber nicht an den Ablauf der Novenfrist gebunden sein, wenn dem Gericht prozessentscheidendes Material angeboten wird (4).

Der Ablauf der Novenfrist ist insofern eine unmittelbare Schranke, als dadurch das Vorbringen von Noven nicht bloss erschwert, sondern schlechthin verunmöglicht wird.

bbbbb) Erstinstanzliches Säumnisurteil

Eine Partei, die sich in erster Instanz nicht geäußert hat, kann sich grundsätzlich nicht auf das Novenrecht berufen (5). ZPO 267 III sieht eine Reihe von Ausnahmen vor. Diese betreffen alle Noven, inklusive die Beweismittel, nicht aber die Anträge zur Sache (Klageänderung, Widerklage) (6). Die in ZPO 115/138 aufgezählten Ausnahmen sind restriktiv auszulegen; im Zweifel ist das Novenrecht zu verneinen (7).

1 ZR 47 Nr. 6, 61 Nr. 82, 67 Nr. 53, 68 Nr. 122

2 Prot. EK 98, 1154, 1175 / Prot. KK 72

3 ZPO 267 III

4 Walder, die Oficialmaxime, S. 44

5 ZPO 267 II

6 ZPO 267 I i.V.m. 267 III

7 ZR 57 Nr. 146 / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 115 u. 138

bbbb) Mittelbare Schranken

aaaaa) Ordnungsbusse

Läuft das Vorbringen von Noven auf eine böswillige oder mutwillige Prozessführung (1) hinaus, so kann das Gericht eine Ordnungsbusse aussprechen (2).

bbbbb) Kostentragung und Parteientschädigung (vl. dazu § 19 B)

Verursacht eine Partei unnötigerweise Kosten durch das Vorbringen von Noven, so hat sie diese zu tragen und die Gegenpartei zu entschädigen, unabhängig vom Prozessausgang (3).

bbb) Spezifische Schranken

aaaa) Schranken für Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden

Aus dem grundsätzlichen Verbot der Klageänderung und der Widerklage in der Berufungsinstanz (4) ergeben sich insofern Schranken, als nicht Tatsachen vorgebracht werden dürfen, aus denen Ansprüche abgeleitet werden, welche zu einer Klageänderung oder Widerklage führen würden.

bbbbb) Schranken für Beweismittel

Unzulässig ist auch das Vorbringen neuer Beweismittel, die sich lediglich auf Tatsachen beziehen, welche auf Grund des prinzipiellen Verbotes der Klageänderung und der Widerklage ohnehin nicht in den Prozess eingeführt werden dürfen (5).

cccc) Schranken für die ausnahmsweise (ZPO 200) zulässigen Anträge zur Sache

- 1 ZPO 50 III
- 2 GVG 121 II
- 3 ZPO 267 I S. 2 i.V.m. ZPO 66 I u. 68 I / ZR 62 Nr. 91, 60 Nr. 64
- 4 ZPO 200 è contrario
- 5 unveröffentlichter Entscheid des Kassationsgerichts des Kt. ZH vom 10.3.80 i.Sa. K-Str.

aaaaa) Bei der Widerklage-Widerklage im Falle von ZPO 200
vgl. die Ausführungen betreffend die Widerklage (§ 12 II)

bbbb) Bei der Klageänderung im Falle von ZPO 200

aaaaaa) Zwingende Schranken

aaaaaaa) Enger Zusammenhang von neuem und bisherigem Anspruch

Eine Klageänderung ist nur zulässig, wenn der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht (1). Dieser enge Zusammenhang besteht dann, wenn die Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis, d.h. dem gleichen oder benachbarten (2) Lebensvorgang entstammen oder das gleiche Objekt betreffen (3), z.B., wenn statt einer Rente (ZGB 153) eine Kapitalforderung gefordert wird.

bbbbbb) Wahrnehmung der Zuständigkeit

ZPO 61 lässt eine Klageänderung nur zu, wo die örtliche und sachliche Zuständigkeit erhalten bleibt. Vermindert sich durch die Klageänderung der Streitwert derart, dass er die für die Berufung erforderliche Höhe nicht mehr erreichen würde, bleibt die sachliche Zuständigkeit dennoch erhalten, weil sich der Streitwert nach den Verhältnissen zur Zeit der Fällung des angefochtenen Entscheides bestimmt (4).

bbbb) Ermessensschränken

aaaaaaa) Keine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Beklagten

Das Gericht kann eine Klageänderung verweigern, wenn durch sie die Rechtsstellung des Beklagten wesentlich beeinträchtigt wird (5). Stimmt der Beklagte aber einer Klageänderung zu, so dürfte das Gericht in der Regel keinen Anlass haben, die Klageänderung zu verbieten.

- 1 ZPO 61 I
- 2 vgl. Prot. EK 1148, Prot. KK 624, BGE 67 II 76
- 3 vgl. Guldener, Festschrift, a.a.O., S. 92
- 4 ZPO 18 II
- 5 ZPO 61

bbbbbbb) Keine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens

Das Gericht kann die Zulassung einer Klageänderung verweigern, wenn durch sie das Verfahren ungebührlich verzögert wird (1), z.B. über die Klage könnte sofort entschieden werden, die Klageänderung macht aber ein umfassendes Beweisverfahren nötig (2).

II) Wenn der Beklagte des Erstprozesses allein die Berufung erklärt

1) Berufungsanträge und Berufungsbegründung

Erklärt nur der Beklagte des Erstprozesses die Berufung, so gilt er als Berufungskläger. Für seine Berufungsanträge und die Berufungsbegründung kann auf die Ausführungen von § 10 I 1/2 verwiesen werden.

2) Noven

a) Grundsätzlicher Verweis auf § 12 I/3

Für die Noven gelten entsprechend die Erörterungen von § 12 I/3. Näher zu behandeln bleibt aber noch die Widerklage für den Fall von ZPO 200.

b) Widerklage im Falle von ZPO 200

aa) Begriff der Widerklage

Widerklage ist die im Prozess des Klägers vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage (3).

Wie die Klageänderung bleibt die Widerklage im Berufungsverfahren auf den Ausnahmefall von ZPO 200 beschränkt.

1 ZPO 61
2 vgl. ZBJV 72 S. 660
3 Guldener, a.a.O., S. 216

bb) Legitimation bei der Widerklage

aaa) Aktivlegitimation

Nur die beklagte Partei, nicht aber die Nebenparteien können Widerklage erheben (1). Bei notwendiger Streitgenossenschaft müssen alle Streitgenossen gemeinsam eine Widerklage anstrengen; einfache Streitgenossen sind diesbezüglich unabhängig voneinander (2).

bbb) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist der Kläger des Hauptprozesses (3). Gegen den Hauptintervenienten können die bisherigen Parteien als Beklagte Widerklage erheben (4). Nicht passiv legitimiert sind andere Mitbeklagte und Intervenienten des Klägers (5). Einfache Streitgenossen sind jeder für sich passivlegitimiert (6).

cc) Schranken der Widerklage

aaa) Allgemeine Schranken

Es gelten die allgemeinen Schranken des Novenrechts (vgl. S. 50 f.)

bbb) Spezifische Schranken

aaaa) Oertliche und sachliche Zuständigkeit

(vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., § 1 ff. / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 1-26, 196

Widerklage kann nur erhoben werden, wenn für sie als selbstständige Klage derselbe örtliche Gerichtsstand (7) besteht wie für die Hauptklage (8). Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist eine Widerklage am Ort der Hauptklage trotzdem

1-6 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 6 zu § 60

7 ZPO 2, 12, ZGB 111, 144, 376 I, 262 II, 305 II, 306: bei den Klagen von ZPO 196 gelten überwiegend bundesrechtliche Gerichtsstände (vgl. Details bei Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 196

8 ZPO 60 I

möglich, sofern der Gegenanspruch mit dem Klageanspruch in engem Zusammenhang (Konnexität) steht (1).

Konnexität besteht immer dann, wenn Anspruch und Gegenanspruch dem gleichen Tatbestand entstammen (2). Konnexität kann aber auch stets angenommen werden, wo es zwar an einem gemeinsamen Tatbestand fehlt, aber Klage und Widerklage Ausfluss eines gemeinsamen Rechtsverhältnisses sind oder doch eine enge rechtliche Beziehung zueinander haben (3).

Für die zweitinstanzliche Widerklage bleibt die sachliche Zuständigkeit auf die Prozesse betreffend den Personenstand und die familienrechtlichen Prozesse von ZPO 196 beschränkt (4). Der Streitwert von Haupt- und Widerklage wird zusammengerechnet, soweit sich diese nicht gegenseitig ausschliessen (5).

bbbb) Gleiches Verfahren

Da eine zweitinstanzliche Widerklage nur im Rahmen von ZPO 196 möglich ist und für alle diese Klagen erst- und zweitinstanzlich das gleiche Verfahren gilt (6), kommt der Vorschrift von ZPO 60, wonach eine Widerklage nur zulässig ist, wo für Haupt- und Widerklage dasselbe Verfahren gilt, im Berufungsverfahren keine selbständige Bedeutung zu.

cccc) Rechtshängigkeit der Hauptklage

Eine Widerklage ist nur möglich, wenn der Hauptkläger seine Klage noch nicht zurückgezogen hat oder diese nicht gegenstandslos oder anerkannt worden ist (7). Eine einmal rechtshängig gewordene Widerklage ist aber vom Bestehen der Hauptklage grundsätzlich nicht mehr abhängig (8). Wenn jedoch auf die Hauptklage wegen mangelnder Prozess- oder Rechtsmittelvoraussetzungen nicht eingetreten wird, fällt auch die Widerklage dahin (9). Wird eine Widerklage nur eventualiter für den Fall einer Guttheissung der Hauptklage erhoben, so

- 1 ZPO 15
- 2/3 vgl. BGE 93 I 552, 80 I 204, 71 I 346, ZR 42 Nr. 8
- 4 ZPO 200
- 5 ZPO 19 II / vgl. BGE 57 II 117
- 6 ZPO 196 f./ 259 f.
- 7 ZPO 60 II e contrario / BGE 87 I 130
- 8 ZPO 60 II
- 9 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 17 zu § 60

teilt sie deren Schicksal, wenn diese zurückgezogen oder abgewiesen wird (1). Die Widerklage kann aber auch durch Gutheissung der Hauptklage in zweiter Instanz gegenstandslos werden (2).

III) Wenn sowohl Kläger als auch Beklagter des erstinstanzlichen Prozesses Berufung erklären

Wenn beide Parteien die Berufung erklären, so ist zuerst dem erstinstanzlichen Kläger Frist anzusetzen für die Berufungsschrift. Der erstinstanzlich Beklagte kommt dann mit der Berufungsantwort zum Zuge (3), in der er auch die Berufungsbegründung vorzubringen hat.

C) RECHTSFOLGEN EINER MANGELHAFTEN BERUFUNGSSCHRIFT
(vgl. § 8)

I) Bei Fehlen von Berufungsanträgen

Wenn weder in der Berufungserklärung noch in der Berufungsschrift bestimmte Anträge gestellt werden, so wird auf die Berufung nicht eingetreten (4). Gegen diesen Beschluss kann Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden (5).

II) Bei fehlender Begründung

Wo eine Begründung der Berufungsanträge unterbleibt, wird auf Grund der Akten entschieden (6). Dies bedeutet, dass trotz fehlender Begründung materiell auf die Berufung einzutreten ist. Die Stellung des Berufungsbeklagten darf aber keinesfalls verschlechtert werden und deshalb muss ihm auch in diesem Fall Gelegenheit zur Berufungsantwort und zur Anschlussberufung gegeben werden. Entsprechend erhält dann der Berufungskläger Gelegenheit zur Replik, der Berufungskläger zur Duplik (7) (8).

1 ZR 65 Nr. 121

2 vgl. BGE 83 II 169

3 Stäuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 264

4 ZPO 264 II

5 ZPO 281 Ziff. 1

6 ZPO 264 II

7 unveröffentlichter Beschluss des Zürcher Obergerichts vom 3.3.80
i.Sa. I-I, II ZK. Nr. 333 Z/ 79

8 unklar: Schüepp, a.a.O., S. 91

III) Bei Fehlen von Noven

Unter Vorbehalt von ZPO 115/138 müssen Noven spätestens in der Begründung oder Beantwortung von Berufung und Anschlussberufung vorgebracht werden (1). Ist die für die Eingabe angesetzte Frist abgelaufen, so ist das Novenrecht verwirkt (2). Wo indessen die Oficialmaxime gilt, kann der Richter auch nach Ablauf der Novenfrist prozessentscheidendes Material entgegennehmen (3). Im übrigen wird das verspätete Vorbringen von Noven auch durch die Einwilligung des Prozessgegners nicht geheilt (4).

D) FRIST FÜR DIE BERUFUNGSSCHRIFT

Grundsätzlich kann auf die Ausführungen betreffend die Frist für die Berufungserklärung (§ 5 E) verwiesen werden. Im Gegensatz zu dieser gesetzlichen Frist, handelt es sich bei der Frist für die Berufungsschrift um eine richterliche Frist (5).

Richterliche Fristen sind nicht fix vorgeschrieben. Im gesetzlich festgelegten Rahmen von sieben bis zwanzig Tagen (6), der in begründeten Fällen nach oben und nach unten über- bzw. unterschritten werden kann, ordnet der Richter die Frist an, welche er auch mehrmals erstrecken kann (7). Bei der Bemessung der Frist hat der Richter auf die ihm bekannten Umstände abzustellen. Er berücksichtigt dabei Art, Umfang und Dringlichkeit des Prozesses und der vorzunehmenden Prozesshandlung sowie voraussichtliche Schwierigkeiten in der Instruktion und Beschaffung des Prozesstoffes (8).

E) WIRKUNGEN DER BERUFUNGSSCHRIFT

I) Wirkungen bezüglich der Rechtskraft

Spätestens mit der Berufungsfrist bzw. Berufungsantwort müssen die Berufungsanträge gestellt werden (9). Damit steht aber auch fest, in welchem Masse das erstinstanzliche

- 1 ZPO 267
- 2 ZR 66 Nr. 148
- 3 Walder, Die Oficialmaxime, S. 44
- 4 ZR 50 Nr. 163
- 5 ZPO 264 I i.V.m. GVG 190
- 6 GVG 190
- 7 Hauser/Hauser, a.a.O., A. VI zu § 208
- 8 Hauser/Hauser, a.a.O., A. I zu § 210
- 9 ZPO 264 II / 265

Urteil in Rechtskraft (vgl. § 13 B II) erwächst bzw. dessen Rechtskraft gehemmt wird, da die Suspensivwirkung nur im Rahmen der Berufungsanträge eintritt (1).

II) Wirkungen bezüglich des Kognitionsbereiches der Berufungsinstanz
(vgl. § 13 A)

Grundsätzlich überprüft die Berufungsinstanz den erstinstanzlichen Entscheid nur im Rahmen der Berufungsanträge (2). Dies ergibt sich als Ausfluss der Dispositionsmaxime (3). Das grundsätzliche Verbot der reformatio in pejus hat demzufolge auch im Rechtsmittelverfahren seine Geltung.

III) Wirkungen bezüglich der Frist für die Berufungsantwort und die Anschlussberufung

Die Berufungsschrift wird dem Berufungsbeklagten zugestellt und gleichzeitig wird die Frist zur schriftlichen Berufungsantwort angesetzt (4). Eine allfällige Anschlussberufung muss mit der Berufungsantwort erklärt werden (5). Mit der Zustellung der Berufungsschrift beginnt also auch der Fristenablauf für die Anschlussberufung.

§ 13 BERUFUNGSANTWORT

A) BEGRIFF DER BERUFUNGSANTWORT

Berufungsantwort i.S.v. ZPO 265 ist eine schriftliche fristgebundene Eingabe des Berufungsbeklagten, mit der er zu den Berufungsanträgen des Prozessgegners Stellung nimmt, Noven vorbringt und insbesondere Anschlussberufung erklären kann (6).

- 1 ZPO 260
- 2 ZPO 269
- 3 ZPO 54 II
- 4 ZPO 265
- 5 ZPO 266
- 6 vgl. ZPO 265/200/267

B) INHALT DER BERUFUNGSANTWORT

I) Grundsätzlicher Verweis auf § 10 B

Der Inhalt der Berufungsantwort hängt wie bei der Berufungsschrift davon ab, wer Berufung erklärt hat. Es kann daher grundsätzlich auf die Ausführungen betreffend den Inhalt der Berufungsschrift verwiesen werden.

Eine Klageanerkennung ist bis zum Abschluss des Verfahrens möglich (1), erfolgt aber, wenn überhaupt, häufig mit der Berufungsantwort. Aus diesem Grunde wird sie hier auch im Zusammenhang mit der Berufungsantwort behandelt. Mit der Berufungsantwort kann auch Anschlussberufung erklärt werden (2).

II) Klageanerkennung

(vgl. Armin Huber, Die Klageanerkennung nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1954)

Der Beklagte kann bis zur rechtskraftsfähigen Erledigung des Prozesses die Klage anerkennen (3). Die Klageanerkennung ist eine einseitige Erklärung gegenüber dem Gericht, worin der Beklagte mitteilt, er schliesse sich dem Rechtsbegehren des Klägers an oder er betrachte das Rechtsbegehren als begründet (bzw. den eingeklagten Anspruch) (4). Anerkennt der Beklagte die Klage, so erledigt das Gericht den Prozess mittels Beschluss (5). Nach zürcherischer Praxis handelt es sich bei der Klageanerkennung sowohl um ein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft als auch um eine Parteiprozesshandlung (6).

Zum einen handelt es sich bei der Klageanerkennung um ein Rechtsgeschäft des materiellen Rechts, weil der Beklagte mit der Anerkennung die der Klage entsprechenden Verpflichtungen auf sich nehmen, sie (rechtsgeschäftlich) begründen will, soweit sie nicht bereits Bestand haben sollten (7). Immerhin gibt es Fälle, wo der Klageanerkennung der Charakter eines Rechtsgeschäftes nicht zukommt. So kann sich der Beklagte unter Bestreitung des eingeklagten Anspruchs dem Rechtsbegehren des Klägers anschliessen, weil er die Umtriebe des Prozesses

1 ZPO 188 II

2 ZPO 265

3/4 Guldener, a.a.O., S. 400 FN. 5

5 ZPO 188 II

6 Huber, a.a.O., S. 22d. / Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung S. 142

7 Guldener, a.a.O., S. 295

nicht auf sich nehmen will oder aus ähnlichen Gründen den Prozess zu beenden wünscht, die mit der Frage, ob die Klage berechtigt sei oder nicht, nichts zu tun haben. Hier fehlt es am Geschäftswillen und somit kann ein Rechtsgeschäft nicht vorliegen (1). In jedem Falle handelt es sich bei der Klageanerkennung um eine Parteiprozesshandlung (2), welche von Gesetzes wegen die Beendigung des Prozesses herbeiführt, weil der Prozess nur solange fortzusetzen ist (3), als der Beklagte das klägerische Rechtsbegehren bestreitet (4).

2) Voraussetzungen der Klageanerkennung

a) Bestehen eines Prozesses

Die Klageanerkennung setzt begriffsnotwendig das Bestehen einer Klage bzw. eines Prozesses voraus (5). Nach Erledigung des Prozesses ist eine rechtswirksame Klageanerkennung nicht mehr möglich. Einer entsprechenden Willenserklärung kann allenfalls aber eine andere rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommen. Eine vor Beginn des Prozesses ausgesprochene Klageanerkennung wird erst durch die Mitteilung an das Gericht prozessual rechtswirksam (6).

a) Zuständigkeit des Gerichts

Für eine unanfechtbare Klageanerkennung bedarf es der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des Gerichts (7). Die vorbehaltlose Klageanerkennung begründet regelmässig auch einen Gerichtsstand i.S.v. ZPO 12 (Gerichtsstand der Einlassung) (8).

c) Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit

Eine unanfechtbare Klageanerkennung setzt Partei- (9), Prozess- (10) und Postulationsfähigkeit (11) des Anerkennenden voraus (12).

- 1 Guldener, a.a.O., S. 296
- 2 vgl. § 6
- 3 Officialmaxime vorbehalten
- 4 Guldener, a.a.O., S. 296
- 5/6 Huber, a.a.O., S. 36 f.
- 7/8 Huber, a.a.O., S. 37 f.
- 9 ZPO 108
- 10 ZPO 27
- 11 ZPO 29 f.
- 12 vgl. Huber, a.a.O., S. 39

3) Schranken der Klageanerkennung

a) Officialmaxime

Da die Möglichkeit einer Klageanerkennung Ausfluss der Dispositionsmaxime (1) ist, muss sie im Bereich der Officialmaxime ausgeschlossen werden (2).

b) Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit

Ist ein Klagebegehren widerrechtlich und unsittlich i.S.v. OR 20, so kann es nicht anerkannt werden, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (3) und widerrechtliche oder unsittliche Rechtsgeschäfte gemäss OR 20 nichtig sind. Soweit der Klageanerkennung kein rechtsgeschäftlicher Charakter zukommt, gilt diese Regel auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz (4).

4) Legitimation zur Klageanerkennung

a) Hauptparteien

Aktiv- und passivlegitimiert sind die Hauptparteien; die anerkennende Partei muss jedoch prozess- und postulationsfähig sein (5).

b) Nebenparteien als nur Passivlegitimierte

Eine Klageanerkennung wirkt für alle Nebenintervenienten (6) und Streitberufenen (7) auf der Klägerseite. Die Nebenparteien können aber die Klage nicht mit Wirkung für die Hauptpartei anerkennen. Nebenintervenient einer Partei kann nur sein, wer ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Partei im Prozess hat (8). Eine Klageanerkennung bedeutet aber Verlieren des Prozesses. Solange die Hauptpartei nicht selbst Klageanerkennung erklärt, muss angenommen

- 1 ZPO 54 II
- 2 ZPO 54 III / Huber, a.a.O., S. 62
- 3 ZPO 57
- 4 vgl. Huber, a.a.O., S. 39 f.
- 5 Huber, a.a.O., S. 42
- 6 ZPO 44 f.
- 7 ZPO 46 f.
- 8 ZPO 44

werden, dass sie den Prozess nicht verlieren will. Eine Klageanerkennung seitens des Nebenintervenienten muss somit im Widerspruch zu den Prozesshandlungen der Hauptpartei stehen und ist daher unwirksam (1). Für den Streitberufenen ist der Nachweis eines Interesses am Prozessausgang zwar nicht erforderlich, jedoch kommt ihm im übrigen die Rechtsstellung eines Nebenintervenienten zu (2). Da die Streitberufung gerade mit dem Zweck erfolgt, im Falle des Prozessverlustes nicht vom Litisdenunzianten belangt zu werden bzw. diesen zu belangen (3), kann der Streitberufene nicht selbst den Prozessverlust durch Klageanerkennung herbeiführen.

c) Prozessbevollmächtigter

Eine Klageanerkennung kann vom Prozessbevollmächtigten nur mit einer ausdrücklichen Spezialvollmacht vorgenommen werden (4).

d) Vormund

ZGB 421 zählt eine Reihe von Rechtshandlungen auf, zu deren Vornahme des Beklagten der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedarf. Dazu gehört insbesondere der Vergleich. Man kann sich fragen, ob nicht auch für den wirtschaftlich verwandten Tatbestand der Klageanerkennung eine solche Zustimmung der Vormundschaftsbehörde verlangt werden muss (5). Das Bundesgericht hat eine derartige Ausdehnung aus Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt (6).

e) Streitgenossen

aa) Einfache Streitgenossen

Die Klageanerkennung im Berufungsverfahren wirkt auf der Klägerseite nur für diejenigen einfachen Streitgenossen, welche Berufung erklärt haben (7). Auf der Beklagtenseite gilt eine Klageanerkennung nur für den Anerkennenden selbst, nicht auch für die übrigen Streitgenossen (8).

1 ZPO 45 II / Huber, a.a.O., S. 43 f.

2 ZPO 47

3 ZPO 46 / vgl. Huber, a.a.O., S. 43 f.

4 ZPO 35 II

5 vgl. Huber, a.a.O., S. 47 f.

6 BGE 64 II 408

7/8 ZPO 40 II / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 11 zu § 40

bb) Notwendige Streitgenossen

Eine Klageanerkennung wirkt gegenüber allen notwendigen Streitgenossen und kann nur von allen Streitgenossen gemeinsam ausgesprochen werden (1).

5) Form der Klageanerkennung

Bei der Klageanerkennung handelt es sich regelmässig nicht nur um eine Parteiprozesshandlung, sondern auch um ein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft. Als Rechtsgeschäft untersteht sie dem Prinzip der Formfreiheit (2). Die Klageanerkennung bedarf insofern nur dann einer besonderen Form, wo eine solche für das klagebegründende Rechtsgeschäft vorgesehen ist (3).

Als Prozesshandlung muss die Klageanerkennung stets präzise und deutlich erklärt werden (4). Dies kann mündlich oder schriftlich geschehen, nicht aber stillschweigend, da die Tragweite der Klageanerkennung derart gross ist, dass dem Gebot der Rechtssicherheit unbedingt Rechnung getragen werden muss. Aus demselben Grund kann die Klageanerkennung auch nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden (5).

6) Anfechtung der Klageanerkennung

Rechtsgeschäftliche Mängel können wie bei allen anderen Rechtsgeschäften mittels Anfechtung geltend gemacht werden (6). Ein Irrtum, der sich nur auf die Rechtslage, nicht aber auf den Tatbestand erstreckt, ist ein gewöhnlicher Motivirrtum und somit unbeachtlich (7).

Prozessuale Mängel können regelmässig erst nach Abschluss des Verfahrens geltend gemacht werden, da die Klageanerkennung für gewöhnlich den sofortigen Abschluss des Berufungsverfahrens mit sich bringt. Solche Mängel können gegebenenfalls mit Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision gerügt werden (8). Bisweilen kann sich aber der Abschluss des Berufungsverfahrens hinauszögern, z.B., weil sich die Parteien über eine Kostenfrage nicht einigen können. In der Zeitspanne

1 Huber, a.a.O., S. 46 / ZPO 39 I

2 OR 11 I f.

3 Huber, a.a.O., S. 55

4/5 Huber, a.a.O., S. 48 f. / vgl. ZR 70 Nr. 33

6 vgl. OR 23 ff. / Huber, a.a.O., S. 73

7 OR 24 II / Huber, a.a.O., S. 73

8 Huber, a.a.O., S. 71 / ZPO 281 f. u. 293 f.

vor Abschluss des Verfahrens kann ein prozessualer Mangel dadurch geltend gemacht werden, dass die Einrede einer fehlenden Prozessvoraussetzung erhoben wird oder die Klageanerkennung widerrufen wird (1).

7) Wirkung der Klageanerkennung

Als Rechtsgeschäft bewirkt die Klageanerkennung die Begründung, Aufhebung, Aenderung bzw. Bestätigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses (2).

Als Prozesshandlung hat die Klageanerkennung zur Folge, dass der anerkannte Anspruch von Gesetzes wegen nicht mehr bestritten werden kann (3).

III) Anschlussberufung (4)

1) Begriff und Rechtsnatur der zürcherischen Anschlussberufung

Anschlussberufung ist das Rechtsmittel, mit dem der Berufungsbeklagte in einem bereits eingeleiteten Berufungsverfahren beantragt, das angefochtene Urteil zu Ungunsten des Berufungsklägers abzuändern (5).

Es ist schon behauptet worden (6), die Anschlussberufung sei kein Rechtsmittel, sondern nur ein Offensivantrag in der gegnerischen Berufung. Daraus wurde geschlossen, eine Beschwerde sei für die Anschlussberufung nicht erforderlich (7). Für das zürcherische Recht kann dieser Ansicht jedenfalls nicht zugestimmt werden. ZPO 266 äussert sich zwar nicht expressis verbis zu diesem Problem, doch verweist aZPO 333 deutlich auf die Bestimmungen betreffend die Hauptberufung. Aus den Materialien (8) zu ZPO 266 ergibt sich nichts Gegenteiliges. Häufig kann sich eine Partei erst zur Berufung entschliessen, wenn sie vernimmt, dass der Prozessgegner seinerseits Berufung erklärt hat. Für diesen Fall bestünde dann keine ausreichende Frist mehr für eine Hauptberufung, insbesondere dann, wenn der Prozessgegner erst im letzten Moment der Berufungsfrist das Rechtsmittel einlegt. Die Anschlussberufung gibt dem Berufungsbeklagten die Möglichkeit,

1 Huber, a.a.O., S. 71

2/3 Huber, a.a.O., S. 57 f. u. 59 f.

4 vgl. Hans-Peter Ricci, *Reformatio in pejus und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess*, Diss. Zürich 1955

5 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 1 zu § 266

6 Ricci, a.a.O., S. 59 / Schüepp, a.a.O., S. 111

7 Ricci, a.a.O., S. 59; a.A. Schüepp, S. 114

8 Prot. EK 426, 1265, 1387 / Wsg. 184 / Prot. KK 284, 693

Berufungsanträge und Berufungsbegründung abzuwarten und dann selbst ein Rechtsmittel einzulegen. Auf Grund dieser Zusammenhänge muss am Erfordernis einer Beschwer und an der Rechtsmittelqualität der Anschlussberufung festgehalten werden.

Die zürcherische Anschlussberufung ist unselbständiger Natur, d.h., wenn die Hauptberufung vor Schluss der Berufungsverhandlung oder des Schriftenwechsels zurückgezogen oder darauf nicht eingetreten wird, so fällt die Anschlussberufung dahin (1).

2) Voraussetzungen der Anschlussberufung

Für die Anschlussberufung gelten dieselben Voraussetzungen wie für die Hauptberufung (2). Als zusätzliches begriffsnotwendiges Erfordernis kommt das Vorliegen einer gegnerischen Hauptberufung hinzu.

3) Legitimation zur Anschlussberufung

a) Hauptparteien

Aktivlegitimiert ist der Berufungsbeklagte, passivlegitimiert der Hauptberufungskläger (3). Eine Partei, die selbst Hauptberufung erklärt hat, kann sich grundsätzlich nicht auch noch der gegnerischen Berufung anschliessen. Von diesem Grundsatz gibt es nach Ansicht von Schüepp keinerlei Ausnahmen (4). Sträuli/Messmer/Wiget (5) dagegen erklären eine derartige Kumulation von Haupt- und Anschlussberufung für zulässig, wenn sich der Hauptberufungskläger einer Hauptberufung der Gegenpartei gegenübergestellt sieht, deren Anträge er im Zeitpunkt der Abfassung seiner Anträge noch nicht kennen konnte.

Die Partei, welche Hauptberufung erklärt hat, muss spätestens in ihrer Berufungsschrift die Berufungsanträge stellen (6). Die Gegenpartei bringt dann ihre Anträge mit der Berufungsantwort vor. Nun muss aber dem ersten Hauptberufungskläger Gelegenheit geboten werden, seine Anträge auf diejenigen des Gegners abstimmen zu können.

- 1 ZPO 266 II
- 2 vgl. 2. Kapitel / aZPO 333 / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 266
- 3 BGE 37 II 390, 39 II 287
- 4 Schüepp, a.a.O., S. 116
- 5 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 266
- 6 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 2 zu § 264

Er ist nun nicht mehr bloss Hauptberufungskläger, sondern auch Hauptberufungsbeklagter. Der Hauptberufungsbeklagte hat aber stets die Möglichkeit, mit der Anschlussberufung seinerseits Anträge zu stellen, nachdem er von den Anträgen der Gegenpartei Kenntnis erhalten hat. Eine Kumulation von Haupt- und Anschlussberufung widerspricht auch nicht der ratio legis der Anschlussberufung (1). Vielmehr erfordert diese ratio legis hier geradezu eine derartige Kumulation. Sinn und Zweck der Anschlussberufung ist es, dass demjenigen, der auf den Rechtsfrieden vertraut hat, kein Nachteil erwachsen darf (2). Der Umfang dieses Vertrauens wird aber bestimmt durch die Berufungsanträge des Prozessgegners. Erst wenn eine Partei die Berufungsanträge der Gegenpartei kennt, kann sie erlauben, inwieweit durch das erstinstanzliche Urteil der Rechtsfriede von beiden Seiten anerkannt wird. Derjenigen Partei, die zuerst Hauptberufung erklärt hat, ist in ihrer Eigenschaft als Hauptberufungsbeklagter daher Gelegenheit zur Anschlussberufung zu geben, soweit sie sich Berufungsanträge des Prozessgegners gegenübergestellt sieht, die sie im Zeitpunkt der Abfassung ihrer eigenen Anträge noch nicht kennen konnte.

b) Nebenparteien

Nebenintervenient und Streitberufener sind passivlegitimiert. Aktivlegitimiert sind sie dann, wenn der Prozessgegner Hauptberufung erklärt und die von ihnen unterstützte Partei kein Rechtsmittel ergreift, sofern diese Anschlussberufung nicht mit den Erklärungen der betreffenden Partei im Widerspruch steht (3).

c) Streitgenossen

aa) Einfache Streitgenossen

Aktivlegitimiert zur Anschlussberufung sind nur diejenigen einfachen Streitgenossen, gegen die sich die gegnerische Berufung richtet (4).

Auf der Passivseite werden nur diejenigen einfachen Streitgenossen von einer gegnerischen Anschlussberufung betroffen, die selber Hauptberufung eingelegt haben (5).

1 Schüepf, a.a.O., S. 113

2 Schüepf, a.a.O., S. 113

3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 4 zu § 266

4/5 Ricci, a.a.O., S. 66

bb) Notwendige Streitgenossen

Notwendige Streitgenossen sind alle gemeinsam aktiv- und passivlegitimiert (1).

4) Inhalt der Anschlussberufung

Für den Inhalt der Anschlussberufung kann auf die Ausführungen betreffend die Hauptberufung verwiesen werden. Wird der erstinstanzliche Entscheid nur bezüglich der Widerklage angefochten, so kann mit der Anschlussberufung auch das Urteil über die Hauptklage angefochten werden (2).

Beim Scheidungsprozess besteht insofern eine Besonderheit, als die Anträge betreffend Nebenfolgen den Anträgen im Scheidungspunkt untergeordnet sind. Appelliert der Kläger, dessen Scheidungsanspruch gutgeheissen wurde, gegen die Zuteilung der Kinder an den Beklagten, so kann letzterer nicht mittels Anschlussberufung beantragen, dass die Scheidungsklage abzuweisen sei für den Fall, dass die Hauptberufung betreffend die Nebenpunkte erfolgreich sei (3).

5) Form der Anschlussberufung

Die Anschlussberufung und ihre Begründung müssen zusammen mit der Berufungsantwort in schriftlicher Form erfolgen (4).

6) Rechtsfolgen einer mangelhaften Anschlussberufung
(vgl. § 8)

a) Bei Fehlen von Anträgen

Werden keine Anträge gestellt, so ist auf die Anschlussberufung nicht einzutreten (5).

1 Ricci, a.a.O., S. 66

2 Birchmeier, a.a.O., S. 225; BGE 34 II 369, 37 II 164

3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 5 zu § 266 / BGE 52 II 91

4 ZPO 266 I

5 ZPO 266 I

b) Bei fehlender Begründung

Werden die Anträge nicht oder nur ungenügend begründet, so wird auf Grund der Akten entschieden (1).

c) Beim Fehlen von Noven

Soweit nicht die Oficialmaxime gilt und unter Vorbehalt von ZPO 115/138, können vom Anschlussberufungskläger zu einem späteren Zeitpunkt keine Noven mehr vorgebracht werden (2).

7) Wirkung der Anschlussberufung

Es gelten analog die Ausführungen betreffend die Wirkung der Berufungsschrift. So wird dem Berufungskläger Gelegenheit zur schriftlichen Beantwortung der Anschlussberufung gegeben (3). Mit der Anschlussberufungsantwort kann der Berufungskläger Noven i.S.v. ZPO 267 vorbringen (4).

C) FRIST FUER DIE BERUFUNGSANTWORT
vgl. § 12 D u. § 5 E analog

D) RECHTSFOLGEN EINER MANGELHAFTEN BERUFUNGSANTWORT
vgl. § 12 C u. § 6 analog

E) WIRKUNGEN DER BERUFUNGSANTWORT
vgl. § 12 E analog

§ 14 PROZESSVERGLEICH UND VERGLEICHsverHANDLUNG

A) BEGRIFF UND RECHTSNATUR DES PROZESSVERGLEICHS

Der Prozessvergleich ist die nach Einteilung des Prozesses erzielte Einigung der Parteien über die im Rechtsstreit auszutragende Differenz (5).

- 1 ZPO 266 I
- 2 ZPO 266 I / Walder, die Oficialmaxime, S. 44
- 3/4 ZPO 266 I
- 5 Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, S. 149

Nicht behandelt wird hier der aussergerichtliche Vergleich, d.h., derjenige Vertrag, welcher von den Parteien zwecks Beseitigung eines streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisses abgeschlossen wird, noch bevor ein Prozess eingeleitet wurde (1). Das Gericht kann die Parteien jederzeit zu einer Vergleichsverhandlung vorladen (2) und nicht wie im alten Recht (3), bloss anlässlich einer Referentenaudienz. Die Anordnung einer Vergleichsverhandlung liegt grundsätzlich im Ermessen des Gerichts (4). Um zu vermeiden, dass ein schriftliches Hauptverfahren ohne jeden direkten Kontakt zwischen Gericht und Parteien stattfindet, soll im Sinne einer Ordnungsvorschrift die Vergleichsverhandlung vor schriftlicher (5) Replik und Duplik angesetzt werden (6).

Wie die Praxis zeigt, sind Prozessvergleiche sehr häufig (7). Nicht nur können damit Zeit und Kosten gespart werden, es kann auch den Umständen des Einzelfalles, d.h., der Billigkeit und den Interessen der Parteien besser Rechnung getragen werden (8).

Beim Prozessvergleich im Berufungsverfahren handelt es sich einerseits regelmässig um einen Vertrag des Privatrechts, in welchem die Parteien ein positives oder negatives Anerkenntnis erklären zum Zwecke der Feststellung eines ungewissen Rechtszustandes. Soweit die Rechtsbeziehungen der Parteien nicht bereits so, wie es im Vergleich niedergelegt ist, bestanden haben, werden sie durch den Vergleich neu begründet (9). Der Prozessvergleich braucht aber nicht notwendigerweise materielles Recht zum Gegenstand zu haben und beinhaltet damit nicht stets einen materiell rechtlichen Vertrag, so z.B., wenn die Parteien lediglich das Ruhen des Prozesses vereinbaren (10).

Dem Prozessvergleich ist andererseits stets eine öffentlichrechtliche (prozessuale) Komponente eigen, insofern als er immer entweder in Form einer Prozesshandlung abgeschlossen oder durch Prozesshandlungen dem Gericht bekanntgegeben wird und mit prozessualen Wirkungen verbunden ist (11).

1 vgl. Frank Seethaler, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946

2 ZPO 62

3 aZPO 139

4 ZPO 62 / anders aZPO 138 II

5 ZPO 268 I 2.Satz

6 ZPO 62 2.Satz / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 62

7 Robert Levi, Der Richter als Vermittler, SJZ 63 S. 255

8 Levi, a.a.O., S. 256 f.

9 Guldener, a.a.O., S. 394 / Fürst, a.a.O., 13

10 Fürst, a.a.O., S. 13

11 Guldener, a.a.O., S. 394/Fürst, a.a.O., S. 15

B) FORM DES PROZESSVERGLEICHS

Prozessvergleiche können mündlich vor dem Gericht geschlossen werden und sind ins Protokoll aufzunehmen (1).

Werden sie inter partes privatim vereinbart und dann dem Gericht erklärt, so müssen sie schriftlich abgefasst und unterzeichnet sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit darf nämlich das Gericht den Prozess nicht ohne eigene Entscheidung in der Sache selbst beenden, wenn es sich nicht vergewissert hat, dass die Differenz, welche den Prozess veranlasst hat, wirklich bereinigt ist (2).

C) VORAUSSETZUNGEN UND SCHRANKEN DES PROZESSVERGLEICHS

Für den Abschluss eines gültigen Prozessvergleiches bedarf es der Prozessfähigkeit, bzw. der Prozessführungsbefugnis derjenigen Personen, welche den Vergleich erklären (3).

Soweit es sich beim Prozessvergleich um einen Vertrag des Privatrechts handelt, unterliegt er den entsprechenden inhaltlichen Schranken, insbesondere OR 20. Im Rahmen des Prozessvergleiches sind die Parteien dann nicht an zwingendes materielles Privatrecht gebunden, wo es sich um Normen handelt, die sich lediglich auf Form und Gestalt des strittigen Rechtsgeschäftes beziehen (4). Beispielsweise können sich die Parteien im Rahmen eines Prozessvergleiches einigen, dass ein nicht öffentlich-beurkundeter und daher nichtiger Kaufvertrag über ein Grundstück (5) dennoch gültig sein soll. Gültig wird ein solcher Grundstück-kaufvertrag jedoch erst dann, wenn das Gericht über dessen materielle Rechtmässigkeit befunden und den Prozess als durch Vergleich erledigt beschrieben hat. Die Parteien könnten nämlich denselben Erfolg, den sie mit der Anerkennung eines formnichtigen Rechtsgeschäftes innerhalb eines Vergleichs erzielen auch mittels formrichtiger Neuvernahme des Rechtsgeschäftes erreichen (6). Wo nun aber das Bundesprivatrecht zwingende Normen enthält, die einen bestimmten Erfolg als solchen verpönen, kann das kantonale Prozessrecht diese Normen nicht

1 GVG 144 / Walder, Prozesserledigung..., S. 150

2 Walder, Prozesserledigung..., S. 150

3 Fürst, a.a.O., S. 23 f. / Vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 27, 28 / ZPO 27 u. 28

4-6 Meier, Iura novit curis, a.a.O., S. 94 f.

5 zudem Walder, Prozesserledigung..., S. 153 / ZR 44 Nr. 111

dadurch unterlaufen, dass es einen entsprechenden Prozessvergleich zulassen würde (1). Beispielsweise kann kein rechtswirksamer Prozessvergleich darüber geschlossen werden, dass eine Partei der anderen vollständige und schrankenlose Verfügungsmacht über seine Person einräumt, weil damit ein im Sinne von OR 20 widerrechtlicher bzw. unsittlicher Erfolg erzielt würde, nämlich eine allzu starke Einschränkung der Persönlichkeitsrechte (ZGB 28).

Die Möglichkeit zum Abschluss eines Prozessvergleiches ist ein Ausfluss aus der Dispositionsmaxime (2) und besteht da nicht, wo die Officialmaxime gilt (3), z.B. kann die Scheidung oder Trennung einer Ehe nicht durch Prozessvergleich herbeigeführt werden. Eine zeitliche Schranke besteht insofern, als das Gericht einen Prozessvergleich dann nicht mehr entgegennehmen darf, wenn es seinen Entscheid den Parteien eröffnet hat. Von diesem Zeitpunkt an, nicht etwa schon mit dem Zeitpunkt der Ausfällung des Entscheides, gilt das Verbot der Wiedererwägung (4).

D) LEGITIMATION ZUM ABSCHLUSS EINES PROZESS- VERGLEICHES

I) Hauptparteien

Zum Abschluss eines Prozessvergleiches sind in erster Linie die Parteien legitimiert (5).

II) Vertreter

Anstelle der Prozessunfähigen Parteien ist ihr gesetzlicher Vertreter legitimiert (6). Der gewillkürte Vertreter kann einen Prozessvergleich nur mit einer Spezialvollmacht abschliessen (7).

- 1 Meier, Iura novit curia, a.a.O., S. 94 f.
- 2 ZPO 54 II
- 3 Walder, Prozesserledigung..., S. 150 / vgl. ZPO 54 III u. Walder, die Officialmaxime, a.a.O.
- 4 GVG 200 I / ZR 43 Nr. 225, 57 Nr. 69
- 5 ZPO 27 / Fürst, a.a.O., S. 29
- 6 ZPO 28 / Fürst, a.a.O., S. 29
- 7 ZPO 35 II / Fürst, a.a.O., S. 29

III) Notwendige Streitgenossen

Notwendige Streitgenossen können nur gemeinsam einen Prozessvergleich abschliessen (1).

IV) Einfache Streitgenossen

Jeder einfache Streitgenosse (2) kann einen Vergleich über die ihn persönliche betreffende Klage für sich allein mit dem Prozessgegner abschliessen (3).

V) Nebenparteien

1) Nebenintervenienten

Der Nebenintervenient kann prozessual handeln, soweit er nicht durch das Verhalten der Hauptpartei beschränkt wird (4). Die Verfügung über den Streitgegenstand steht jedoch nur der Hauptpartei zu (5). Der Nebenintervenient kann demnach unter drei kumulativen Voraussetzungen einen Prozessvergleich mit Wirkung für sich und die Hauptparteien abschliessen (6): Der Prozessvergleich darf nicht im Widerspruch zu den Prozesshandlungen der Hauptpartei stehen oder von ihr ausdrücklich abgelehnt werden (7); Der Prozessvergleich darf keine Verfügung über den Streitgegenstand beinhalten; er darf auch sonst keinerlei materiell-rechtlichen Wirkungen entfalten.

Ein Prozessvergleich kann daher vom Nebenintervenienten nur dann abgeschlossen werden, wenn er bloss einen Verzicht auf Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält oder ein Ruhen des Prozesses vereinbart wird (8). Tritt die Hauptpartei jedoch aus dem Prozess aus (9), so ist der Nebenintervenient zum Abschluss eines Prozessvergleiches ebenso befugt wie eine Hauptpartei (10).

- 1 ZPO 39 / Fürst, a.a.O., S. 32
- 2 ZPO 40
- 3 Fürst, a.a.O., S. 34
- 4 ZPO 45 II
- 5/6 Fürst, a.a.O., S. 36 f.
- 7 ZPO 45 II
- 8 Fürst, a.a.O., S. 36
- 9 ZPO 48
- 10 Fürst, a.a.O., S. 37

2) Litisdenunziat

Dem Litisdenunziaten (1) kommt diesbezüglich dieselbe Rechtsstellung zu wie dem Nebenintervenienten (2)

VI) Hauptintervenient

Bei der Hauptintervention (3) müssen zwei Fälle unterschieden werden: Ein Prozessvergleich kann geschlossen werden zwischen dem Hauptintervenienten einerseits und den beiden Parteien andererseits. Letztere bilden gegenüber dem Hauptintervenienten eine notwendige Streitgenossenschaft. Ein solcher Prozessvergleich führt zur Erledigung des Prozesses i.S.v. ZPO 188 II u. II (4).

Die Parteien können aber auch unter sich einen Prozessvergleich schließen, ohne den Hauptintervenienten daran zu beteiligen. In diesem Falle endet der Prozess zwischen den Parteien selbst i.S.v. ZPO 288 II u. III (5). Zwischen den Parteien als notwendige Streitgenossenschaft einerseits und dem Hauptintervenienten andererseits jedoch bleibt der Prozess bestehen (6).

E) ANFECHTUNG DES PROZESSVERGLEICHES

Verweis auf § 8 H

F) WIRKUNGEN DES PROZESSVERGLEICHES

I) Materiellrechtliche Wirkungen

Soweit dem Prozessvergleich der Charakter eines materiellrechtlichen Rechtsgeschäftes zukommt, bewirkt er eine Neuordnung der rechtlichen Beziehung zwischen den Parteien (7)

1 ZPO 46 f.

2 Fürst, a.a.O., S. 37

3 ZPO 43

4 Fürst, a.a.O., S. 35 / vgl. unten F

5 vgl. unten F

6 Fürst, a.a.O., S. 35

7 Rosenberg/Schwab, § 132 N. II 1

II) Prozessuale Wirkungen

Der Prozess wird nicht schon durch den Vergleich als solchen erledigt, sondern erst durch den entsprechenden Beschluss des Gerichtes (1). Vorab hat aber das Gericht zu prüfen, ob die Erklärung zulässig (2) und klar ist (3). Eine Prozess-erledigung kommt nur in Frage, wenn die Parteierklärungen als solche nicht, bzw. nicht mehr mit Vorbehalten oder Bedingungen belastet sind (4). Haben die Parteien für den Abschluss des Prozessvergleiches einen Ratifikationsvorbehalt vereinbart (Genehmigungs- oder Widerrufsvorbehalt), so kann der Richter die Ratifikationsfrist weder erstrecken noch wiederherstellen (5). Werden bei der Prüfung des Vergleiches Mängel i.S.v. ZPO 188 III entdeckt, so ist den Parteien Gelegenheit zu deren Verbesserung zu geben (6). Der Erledigungsbeschluss erwächst nach Massgabe von ZPO 190 u. 191 in formeller und materieller Rechtskraft (7).

§ 15 BERUFUNGSVERHANDLUNG

A) GRUNDSATZ: RECHT DER PARTEIEN AUF MINDESTENS ZWEI VORTRAEGE BZW. RECHTSSCHRIFTEN

Zur Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (8) ist es erforderlich, dass sich die Parteien im Verlauf des Verfahrens vor ein und derselben Instanz wenigstens zweimal mündlich oder schriftlich äussern können (9). Dem Kläger kann nicht zugemutet werden, alle möglichen rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen und Einreden vorzubringen, welche seinem Klagebegehren entgegenstehen könnten. Dies muss Sache des Beklagten bleiben, da sonst der klägerische Vortrag ins Unendliche führen müsste. Insofern verhindert diese Regelung uferlose Vorträge und trägt dem Gedanken der Prozessökonomie Rechnung (10).

- 1 ZPO 188 II u. III
- 2 vgl. oben C.
- 3 ZPO 188 III
- 4 ZR 52 Nr. 159
- 5 ZR 39 Nr. 110
- 6 Sträuli/Messmer/Wiget, N. 22 zu § 188
- 7 vgl. § 16 C II
- 8 ZPO 56 I / BV 4 und dazu gehörende Rechtsprechung
- 9/10 Guldener, a.a.O., S. 176

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt nun aber auch, dass den Parteien ein Recht auf Antwort bezüglich des gegnerischen Vorbringens zugestanden wird. Der Kläger muss Gelegenheit haben, zu den vorgebrachten rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen und Einreden des Beklagten Stellung zu nehmen. Der Beklagte wiederum muss eine Antwort zu dieser Stellungnahme geben können (1). Der erste Vortrag des Berufungsklägers ist die Berufungsschrift, derjenige des Berufungsbeklagten die Berufungsantwort. Der zweite Vortrag des Berufungsklägers heisst Replik, derjenige des Berufungsbeklagten Duplik. Haben jedoch beide Parteien Hauptberufung oder hat der Berufungsbeklagte Anschlussberufung erklärt, so muss vorgängig Frist zur Beantwortung der Zweit- bzw. Anschlussberufung angesetzt werden (2). Berufungsschrift und Replik werden dann vom erstinstanzlichen Kläger und Berufungskläger vorgebracht (3). Weitere Vorträge sind statthaft, wenn in der Replik oder Duplik Noven nach Massgabe von ZPO 115/138 vorgebracht werden. Mit Replik oder Duplik können die Parteien ihre Vorbringen präzisieren, zusammenfassen oder ausführlicher erläutern.

Das Verfahren ist grundsätzlich mündlich (4). Dabei können unklare oder unvollständige Vorbringen der Parteien mittels richterlicher Fragen (5) abgeklärt werden.

Das Gericht kann ausnahmsweise (6) auch ein schriftliches Verfahren anordnen, das aber erfahrungsgemäss mehr Zeit beansprucht als das mündliche (7). Ein schriftliches Verfahren empfiehlt sich vor allem bei umfangreichen und komplizierten Fällen (8), wenn sich eine Sache im mündlichen Verfahren voraussichtlich nicht genügend darlegen lässt oder wenn eine Partei weit entfernt wohnt und ihr das Erscheinen zur Hauptverhandlung oder der Beizug eines Vertreters nicht zuzumuten ist (9); ferner auch, wenn Anschlussberufung erklärt wurde, damit Anschlussberufungsantwort und Replik zur Hauptberufung gleichzeitig erstattet werden (10).

1 Guldener, a.a.O., S. 176

2 ZPO 267 I

3 vgl. aZPO 319 II

4 vgl. ZPO 19 f.

5 ZPO 55

6-8 vgl. Verfügung des Präsidenten der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kt. Zürich vom 3. Juli 1979 i. Sa. B. u. T. AG - Sp.

9 ZPO 268 i.V.m. 124

10 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 1 zu § 268

B) AUSNAHMEN ZUM GRUNDSATZ

I) Verzicht

Die Prozessparteien können übereinstimmend auf Replik und Duplik verzichten. Der Verzicht nur einer Partei muss meines Erachtens als nicht bindend für die verzichtende Partei betrachtet werden. Dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist nämlich nur dann Genüge getan, wenn beide Parteien auf weitere Vorbringen verzichten. Eine Partei ist zwar zur Replik bzw. Duplik nicht verpflichtet, doch kann sie sich dieses Rechts nicht endgültig und zwingend entäussern, wenn die Gegenpartei nicht ebenfalls Verzicht erklärt, weil der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht bloss subjektive Rechte gewährt, sondern auch den Charakter einer zwingenden Verfahrensvorschrift hat, welche vom Gericht ex officio zu beachten ist (1).

II) Säumnis der Parteien

1) Säumnis des Klägers

Bleibt der Berufungskläger der Verhandlung fern oder versäumt er die Frist zur schriftlichen Eingabe, so ist er mit seinem Vortrag oder seiner Rechtsschrift (Replik) ausgeschlossen (2).

Als säumig bei der Verhandlung gilt, wer nicht innert einer Stunde nach dem in der Vorladung angesetzten Zeitpunkt vor Gericht erscheint (3). Die säumige Partei kann indessen ein Wiederherstellungsgesuch stellen. Das Gericht kann alsdann die Frist wiederherstellen, bei grobem Verschulden der Partei oder ihres Vertreters aber nur mit Einwilligung der Gegenpartei (4). Ist das Versäumnis durch grobes Verschulden einer Hilfsperson der Partei oder ihres Vertreters verursacht worden, so wird das grobe Verschulden der Partei zugerechnet, es sei denn, sie erbringe den Nachweis, dass sie bei der Wahl und Instruktion der Hilfsperson die gehörige Sorgfalt angewendet hat (5).

- 1 vgl. ZR 56 Nr. 111 / ZPO 57 I
- 2 ZPO 268 II
- 3 GVG 197 I
- 4 GVG 199 I
- 5 Guldner, a.a.O., SJZ 55 S. 369

Eine Partei hat aber keinesfalls für Hilfspersonen einzustehen, die überhaupt nicht unter Aufsicht der Partei oder ihres Vertreters stehen. Deshalb gilt z.B. eine schriftliche Replik auch als rechtzeitig eingereicht, wenn sie fristgemäß einer schweizeischen Poststelle übergeben wird (1), selbst wenn sie wegen eines Versagens der Post nicht oder verspätet beim Gericht eintrifft (2).

Der Partei bzw. ihrem Vertreter kann ferner nur das Verschulden von Hilfspersonen angerechnet werden, denen Verrichtungen übertragen wurden, welche in typischer Weise der Vorbereitung oder dem Vollzug von Prozesshandlungen dienen, z.B., die Ausfertigung der schriftlichen Replik. So kann einer Partei nicht das Verschulden ihres Chauffeurs angerechnet werden, der einen Verkehrsunfall verursacht und es ihr verunmöglicht, rechtzeitig zur Hauptverhandlung zu erscheinen (3). Auch das leichte Verschulden einer Hilfsperson der Partei oder ihres Vertreters wird der Partei zugerechnet. Für das Wiederherstellungsgesuch bedarf sie aber bei leichtem Verschulden nicht der Zustimmung der Gegenpartei (4). Ein eigentlicher Anspruch auf Wiederherstellung besteht aber weder bei grobem noch bei leichtem Verschulden (5). Das Wiederherstellungsgesuch muss binnen einer Frist von zehn Tagen nach dem Wegfall des Hindernisses gestellt werden (6).

2) Säumnis des Beklagten

Hat der Berufungsbeklagte keine Berufungsantwort eingereicht oder auf die Akten verwiesen, so findet überhaupt keine Berufungsverhandlung statt. Der Berufungsbeklagte verliert damit seinen Anspruch auf eine Duplik. Ebenso hat dann der Berufungskläger keinen Anspruch mehr auf eine Replik (7). Ausgenommen hievon sind Noven i.S.v. ZPO 115/138, welche in jedem Falle vorgebracht werden können (8).

Hat der Berufungsbeklagte eine Berufungsantwort eingereicht, bleibt er aber der Berufungsverhandlung fern oder versäumt er die Frist zur schriftlichen Eingabe, so treffen ihn dieselben Säumnisfolgen wie den Berufungskläger (9), d.h., er ist mit seinem Vortrag oder seiner Rechtsschrift ausgeschlossen.

- 1-4 Guldener, a.a.O., SJZ 55 S. 369
- 5 ZR 51 Nr. 29, 61 Nr. 73
- 6 GVG 199 III
- 7 ZPO 268 III /
- 8 ZPO 267 III
- 9 ZPO 268 II

Im Bereich der Officialmaxime hat jedoch das Gericht von Amtes wegen abzu-klären, ob die vorgetragenen Behauptungen des Klägers der Wahrheit entsprechen. Deshalb muss hier der Beklagte in jedem Falle vorgeladen und vom Gericht befragt werden, sofern dies irgendwie möglich ist (1). Der Beklagte verliert jedoch unter Vorbehalt des Novenrechts von ZPO 115/138 (2) das Recht, zum Vorbringen des Klägers im Prozess Stellung zu nehmen. Er kann sich nur noch insoweit äussern, als er vom Gericht befragt wird (3).

§ 16 URTEILSVERFAHREN

A) KOGNITIONSBEREICH DER BERUFUNGSINSTANZ

I) Das grundsätzliche Verbot der reformatio in pejus (4)

1) Begriff der reformatio in pejus

a) Reformatio in pejus im weiteren Sinne

Reformatio in pejus im weiteren Sinne ist jede Entscheidung der Rechtsmittelinstanz, welche für eine oder für beide Parteien ungünstiger ist als die angefochtene (5). Diese Begriffsbestimmung ist jedoch für das Prozessrecht weitgehend bedeutungslos.

b) Reformatio in pejus im engeren Sinne

In einem engeren und technischen Sinne versteht man unter der reformatio in pejus jede von einer Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen vorgenommene Abänderung einer Entscheidung zum Nachteil desjenigen, der das Rechtsmittel eingelegt hat (6).

Zwei Punkte gilt es bei dieser Definition zu beachten: Der Nachteil (pejus)

1 vgl. ZR 64 Nr. 123 u. 124, 45 Nr. 3, BGE 61 II 162

2 ZPO 267 III

3 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 4 zu § 131

4 vgl. Ricci, a.a.O.

5 Ricci, a.a.O., S. 3 f.

6 angelehnt an Ricci, a.a.O., S. 3

muss denjenigen treffen, der das Rechtsmittel ergriffen und eine bessere Entscheidung verlangt hat (1).

Die Schlechterstellung darf nicht durch einen Antrag des Rechtsmittelbeklagten verursacht worden sein. Ergreift der Berufungsbeklagte selbst die Berufung oder erklärt er Anschlussberufung und führt er damit eine Schlechterstellung des Prozessgegners herbei, so liegt keine reformatio in pejus vor. Die Schlechterstellung muss also von Amtes wegen erfolgen in einem Verfahren, welches ausschliesslich durch die Anträge des Rechtsmittelklägers veranlasst wurde (2).

Gemäss der Definition von Ricci (3) läge zudem eine reformatio in pejus nur dann vor, wenn der Nachteil (pejus) die Hauptsache betrifft. Als Beispiel für eine Nebensache nennt Ricci die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (4), ohne näher zu präzisieren, ob er damit nur die Höhe der Kosten oder auch deren Verteilung meint. Die Verteilung der Kosten wird jedenfalls nur neu geprüft, wenn sie von einer Partei angefochten wird, d.h., es muss ein Parteiantrag vorliegen (5). Es wäre nun aber unsinnig, bei der Kostenverteilungsfrage eine Ausnahme vom Verbot der reformatio in pejus zu machen. Eine reformatio in pejus kann hier nämlich die benachteiligte Partei mindestens ebenso hart treffen wie in der Hauptsache selbst (6). Eine Partei, welche die Kostenverteilung anfechten will, darf nicht durch die Aussicht einer möglichen Schlechterstellung abgeschreckt werden. Das Begriffsmerkmal, wonach eine reformatio in pejus nur in der Hauptsache möglich, d.h., in Nebensachen begriffsnotwendig ausgeschlossen sei, wurde aus dem justinianischen in das gemeine Recht und von dort in die Doktrin übernommen (7), ohne dass dessen Berechtigung kritisch geprüft worden wäre (8).

GVG 207 scheint indessen die Ansicht von Ricci wenigstens bezüglich der Höhe von Gerichtsgebühren zu bestätigen. Letztere sind nämlich, wenn sie erstinstanzlich zu tief angesetzt wurden, von Amtes wegen zu erhöhen, sofern das Verfahren an eine obere Instanz weitergezogen wird. Die Höhe der Gerichtsgebühren ist aber der Parteidisposition ohnehin entzogen und bleibt sich gleich, egal welche Partei den Prozess in erster Instanz gewonnen hat. Die Frage der Gebührenhöhe wird daher von der Oficialmaxime bestimmt und in diesem Bereich gilt das Verbot der reformatio in pejus ohnehin nicht (9). Der Ansicht von Ricci kann demnach nicht gefolgt werden.

1-4 Ricci, a.a.O., S. 2 f.

5 vgl. dazu § 16

6 vgl. Bernhard-Michael Kasper, Das Verbot der reformatio in pejus, Schriften zum Prozessrecht Bd. 46, Berlin 1976, S. 167

7/8 Kasper, a.a.O., S. 26

9 vgl. unten II 1

ZPO 269 I beschränkt den Kognitionsbereich auf das Verfahren und den Entscheid der ersten Instanz insoweit, als diese mittels Berufungsanträgen angefochten werden. Durch diese Vorschrift soll vermieden werden, dass eine Partei von der Berufung zurückschreckt, weil sie befürchtet, durch ihr eigenes Rechtsmittel sich selbst zu schaden (1). Das Verbot der *reformatio in pejus* beschränkt sich lediglich auf das Urteilsdispositiv. Hinsichtlich der Urteilsbegründung ist die Berufungsinstanz frei, soweit die Erwägungen nicht ausnahmsweise rechtskraftfähig sind (2).

II) Schranken des Verbotes der *reformatio in pejus*

1) *Offizialmaxime*

Grundsätzlich darf das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selbst verlangt, noch weniger als der Gegner anerkannt hat (3). Ebenso darf die Berufungsinstanz einen neuen Endentscheid nur im Rahmen der Berufungsanträge fällen (4). Das Verbot der *reformatio in pejus* erweist sich somit als Ausfluss der Dispositionsmaxime und kann nur in deren Anwendungsbereich Geltung beanspruchen (5). Bisweilen (6) schreibt das Bundesprivatrecht zwingend die Anwendung der *Offizialmaxime* vor. Einer der Hauptanwendungsfälle ist ZGB 158: Im Scheidungsverfahren sind Parteierklärungen irgendwelcher Art für den Richter nicht verbindlich. Die zürcherische Praxis (7) versteht darunter aber nur Parteierklärungen über den tatsächlichen Prozessstoff und nicht etwa die Rechtsbegehren der Parteien (8). Demnach betrachtet sich das Obergericht an das Verbot der *reformatio in pejus* gebunden und verweigert eine Neuurteilung der Scheidungsfrage, wenn das erstinstanzliche Urteil nur bezüglich der Nebenfolgen (Zuweisung der Kinder, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge) angefochten wird (9).

Demgegenüber vertritt Prof. Walder die Meinung, ZGB 153 Ziff. 3 erfasse nicht bloss Parteierklärungen über den tatsächlichen Prozessstoff. Vielmehr

1 Guldener, a.a.O., S. 497

2 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., S. 2 zu § 269

3 ZPO 54 II

4 ZPO 270

5 Ricci, a.a.O., S. 56 / ZPO 54 III

6 Bezüglich des Anwendungsbereiches der *Offizialmaxime* vgl. Walder, Die *Offizialmaxime*, a.a.O.

7 vgl. ZR 43 Nr. 185, 58 Nr. 175

8 gl. M. Walter Bühler, das Ehescheidungsverfahren, ZSR 74 S. 347 a

9 vgl. ZR 43 Nr. 185, 58 Nr. 175

sollte es dem Richter nicht verwehrt sein, frei über das Scheidungsbegehren oder eine der Parteidisposition nicht zugängliche Nebenfolge zu entscheiden, solange das erstinstanzliche Urteil nicht rechtskräftig gefällt ist (1). Immerhin befürwortet auch Bühler, dass die Berufungsinstanz die Nebenfolgen (Zuweisung der Kinder, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge) neu zu überprüfen hat, selbst wenn die Berufungsanträge nur die Scheidungsfrage allein betreffen. Die Oficialmaxime muss hier zur Wahrung der Kinderinteressen gelten und um einen Einklang von Scheidungsurteil und Nebenfolgen zu gewährleisten (2).

2) Richterliche Prozessleitung

a) Formelle richterliche Prozessleitung

Nach zürcherischem Recht setzt der Richter die Verhandlungstermine und Fristen für schriftliche Eingaben fest und er sorgt dafür, dass Zeugen und Parteien rechtzeitig vorgeladen werden (3). Dem Gericht obliegt die formelle Leitung des Verfahrens und es hat die prozessualen ebenso wie die materiell-rechtlichen Normen von Amtes wegen anzuwenden (4). Die Parteien können jedoch prozessuale Anträge stellen, z.B. betreffend Verschiebung der Berufungsverhandlung oder Anordnung des schriftlichen Verfahrens, die der Richter zwar zu prüfen hat, im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens aber nicht unbedingt berücksichtigen muss (5).

b) Materielle richterliche Prozessleitung

Gemäss ZPO 142 II kann das Gericht ausnahmsweise auch im Bereich der Verhandlungsmaxime (6) von Amtes wegen Beweis erheben (7). Dabei handelt es sich um einen Ermessensentscheid, der besondere sachliche Umstände voraussetzt (8), z.B. Schutz einer unbeholfenen oder schlecht beratenen Partei oder Abwendung einer groben Irreführung des Gerichts (9).

Bei Säumnis des Berufungsbeklagten kann das Gericht den Beweis unbestritten

- 1 Walder, die Oficialmaxime, a.a.O., S. 42
- 2 Bühler, a.a.O., S. 347 a
- 3 GVG 132, 174 II
- 4 ZPO 52
- 5 vgl. Guldener, a.a.O., ZSR 1846 (62), 185 ff.
- 6 ZPO 54 I
- 7 wie bisher aZPO 166
- 8 vgl. ZR 49 Nr. 167
- 9 vgl. Prot. EK 193, 853 / Prot. KK 137

gebliebener Behauptungen des Berufungsklägers verlangen, wenn es ernsthafte Zweifel an ihrer Richtigkeit hat (1). In diesen Fällen kann also die Berufungsinstanz von Amtes wegen Beweise erheben und ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden.

3) *Iura novit curia*

Grundsätzlich wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an (2). Soweit die Partien die erforderlichen Tatbestandselemente vorgetragen haben, ist die Rechtsanwendung Sache des Richters. Wegen der Dispositionsmaxime (3) darf aber eine Klage weder gutgeheissen noch verworfen werden mit einer rechtlichen Begründung, welche über die Parteianträge hinausgeht (4). Da der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen auch für das Verfahren bei der Berufung an das Bundesgericht gilt (5), müssen ihn die Kantone wenigstens für die der Berufung an das Bundesgericht vorangehenden Verfahren statuieren (6). Für die kantonal-zürcherische Berufung ergeben sich aus dem Grundsatz, *iura novit curia*, folgenden Konsequenzen: Im Rahmen der Dispositionsmaxime erstreckt sich die Parteiherrschaft nicht nur auf tatsächliches Vorbringen (7). Der Kläger kann auch auf die Anwendung von dispositivem Recht stets ganz oder teilweise verzichten. Ebenso steht es dem Beklagten frei, im Sinne einer Klageanerkennung die Anwendung dispositiven Rechts auszuschalten. Dasselbe gilt für den Prozessvergleich (8). Die gleiche Wirkung könnten die Parteien auch mittels eines Rechtsgeschäftes erzielen (9). Die Berufungsinstanz hat demnach einen entsprechenden Verzicht, eine Klageanerkennung oder einen Prozessvergleich im Bereich des dispositiven Rechts zu beachten, andernfalls sie gegen das Verbot der *reformatio in pejus* verstossen würde.

Auch auf die Anwendung zwingender Rechtssätze können die Parteien verzichten, sofern es sich um Normen handelt, die sich lediglich auf Form und Gestalt von Rechtsgeschäften beziehen. Die Parteien könnten denselben Erfolg, den sie beispielsweise mit der Anerkennung einer Klage aus formnichtigem Vertrag erzielen, mittels formrichtiger Verbesserung des Vertrages erreichen (10).

- 1 analog zu ZPO 131 I
- 2 ZPO 57 I / vgl. Jsaak Meier, *Iura novit curia*, Diss. Zürich 1975
- 3 ZPO 54 II
- 4 Jsaak Meier, a.a.O., S. 94
- 5 OG 63 I
- 6 BGE 91 II 65, 92 II 312
- 7 Jsaak Meier, a.a.O., S. 91
- 8-10 Jsaak Meier, a.a.O., S. 94

Wo nun aber das Bundesprivatrecht zwingend Normen enthält, die einen bestimmten Erfolg als solchen verpönen, kann das kantonale Prozessrecht diese Normen nicht dadurch unterlaufen, dass es einen diesbezüglichen Klageverzicht, eine Klageanerkennung oder einen Prozessvergleich zulassen würde. Dies ergibt sich aus der derogatischen Kraft des Bundesrechts (1).

Die Berufungsinstanz verstösst demnach nicht gegen das Verbot der *reformatio in pejus*, wenn es die teilweise Anerkennung einer Klage auf Erfüllung eines im Sinne von OR 20 I nichtigen Rechtsgeschäfts für unzulässig erklärt, selbst wenn dadurch der Berufungskläger, der erstinstanzlich durch die teilweise Klageanerkennung einen Teilerfolg erzielt hat, schlechter gestellt wird. Vielmehr setzt hier der Grundsatz, *iura novit curia*, der Dispositionsmaxime und dem Verbot der *reformatio in pejus* klare Grenzen.

3) Alternative Klagen gegen verschiedene Beklagte

Fällt die Vorinstanz ein Urteil über Klagen, die im gleichen Prozess alternativ gegen verschiedene Beklagte erhoben wurden, so führt die Berufung des einen Beklagten auch zu einer Ueberprüfung der Ansprüche des Klägers gegenüber dem anderen Beklagten, ohne dass bezüglich der letzteren Anträge bzw. ein Rechtsmittel eingebacht wurden. Wenn nämlich der eine oder der andere der Beklagten verpflichtet ist, führt die Verneinung der Verpflichtung des einen Beklagten zwingenderweise zur Bejahung der Verpflichtung des andern (2).

B) PRUEFUNG DER BERUFUNGSANTRAEGE

Die Berufungsinstanz prüft im Rahmen der Berufungsanträge Verfahren und Entscheid der ersten Instanz hinsichtlich der zugrundeliegenden Tatsachen und Rechtsgründe (3), wobei sie nicht an die rechtliche Begründung des Klägers gebunden ist (4).

Gestützt auf OG 63 I bezeichnet das Bundesgericht die Pflicht des Richters, das auf den konkreten Tatbestand anwendbare Recht von Amtes wegen und in vollem Umfange anzuwenden, als ein Gebot des Bundesrechts (5).

1 BV 2 Uebergangsbest. / J. Meier, a.a.O., S. 94

2 BGE 83 II 84 / Guldener, a.a.O., S. 497

3/4 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 269

5 BGE 89 II 340, 90 II 40, 91 II 65, 92 II 312, 95 II 252, 99 II 76

Für die Anwendung von kantonalem Recht ergibt sich eine entsprechende Pflicht auf Grund von ZPO 57 I.

Unter Vorbehalt rechtzeitiger Geltendmachung legt die Berufungsinstanz dem Urteil den Sachverhalt zugrunde, wie er im Zeitpunkt der Urteilsfällung besteht (1). Sie kann also auf Tatsachen und Einreden eingehen, welche die Vorinstanz nicht berücksichtigt hat oder die mittels Novenrecht vorgebracht worden sind (2).

Um die Berufungsinstanz zu entlasten, sieht ZPO 269 II eine wesentliche Beschränkung des Kognitionsbereiches vor. Beantragen die Parteien die Ueberprüfung eines prozessleitenden Entscheides, so fallen diese Anträge nicht mehr in den Kognitionsbereich der Berufungsinstanz, sofern gegen sie der Rekurs (3) zulässig war. Die frühere Praxis kannte lediglich für den Fall der Unzuständigkeitseinrede eine ähnliche Beschränkung. Diese konnte nämlich in der Berufungsinstanz dann nicht mehr erhoben werden, wenn sie vor der ersten Instanz in einem Zwischenentscheid rechtskräftig verworfen oder wenn durch Rekursentscheid die erste Instanz rechtskräftig als zuständig erklärt worden war (4). ZPO 269 II erfasst nun also alle prozessleitenden Entscheide, welche gemäss ZPO 271 Ziff. 3 u. 5 mit Rekurs angefochten werden können und zwar unabhängig davon, ob ein Rekurs ergriffen, bzw. ob der Rekurs gutgeheissen oder abgelehnt worden ist.

Der Vorbehalt von ZPO 269 II ist jedoch in zweifacher Hinsicht zu beschränken. Zum einen ist die Vorinstanz nicht gehindert, auf Antrag oder ex officio einen prozessleitenden Entscheid aufzuheben oder abzuändern (5). Andererseits können Noven i.S.v. ZPO 115/138 stets vorgebracht werden (6). Beispielsweise kann die erstinstanzlich säumige Partei die Unzuständigkeitseinrede erstmals im Berufungsverfahren erheben (7).

Hat die Vorinstanz über eine Unzuständigkeitseinrede fälschlicherweise in Form eines Endurteils statt eines Zwischenentscheides entschieden, so kann die Zuständigkeitsfrage mit der Berufung neu aufgeworfen werden (8). Das Obergericht weist dann aber diese Frage an die Vorinstanz zurück, damit diese formgerecht mittels Beschluss oder Verfügung über die Unzuständigkeitseinrede entscheidet (9).

- 1 analog zu ZPO 188 I
- 2 vgl. ZR 61 Nr. 88, 62 Nr. 91, 73 Nr. 8
- 3 ZPO 271 Ziff. 3 u. 5
- 4 ZR 73 Nr. 23, 56 Nr. 103, 24 Nr. 183
- 5 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 9 zu § 269
- 6 ZPO 267 III
- 7 ZPO 115 Ziff. 4
- 8 ZR 60 Nr. 153, 30 Nr. 159
- 9 ZR 73 Nr. 16

Soweit ein Rekurs gegen prozessleitende Entscheide nicht besteht, können diese mit Berufung angefochten werden, z.B. wegen Ablehnung eines Fristenstreckungs- oder Wiederherstellungsgesuchs (1).

Ueber streitige erstinstanzlich gestellte Ausstandsbegehren entscheidet das Obergericht als Aufsichtsbehörde (2). In der früheren Praxis war man sich zunächst nicht darüber einig, ob gegen die Beurteilung eines streitigen Ausstandsbegehrens die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sei (3). Während die Verwaltungskommission des Obergerichts derartige Entscheide anfänglich gestützt auf die Konzeption des aGVG als Justizverwaltungsakte betrachtete, behandelte das Kassationsgericht Entscheide über Ausstandsbegehren stets als Akte der Rechtsprechung und liess deshalb eine Nichtigkeitsbeschwerde hiegegen zu (4). Aufgrund der Tatsache, dass aZPO 334 Ziff. 3 gegen diese Entscheide den Rekurs vorsah und sie damit als Rechtsakte betrachtete, schloss sich dann auch die Verwaltungskommission des Obergerichts der Meinung des Kassationsgerichts an (5).

Eine andere Frage ist die, was zu geschehen hat, wenn einem Ausstandsbegehren stattgegeben wird, nachdem das erstinstanzliche Verfahren bereits teilweise oder vollständig abgeschlossen worden ist. Gemäss GVG 102 I sind das Verfahren vor einem ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Justizbeamten und jeder Entscheid, an welchem er teilgenommen hat, auf dem Rechtsmittelweg anfechtbar, soweit die Parteien nicht ausdrücklich auf den Ausstand verzichtet haben. Ebenso kann der Berechtigte die Aufhebung des Endentscheides verlangen, wenn ein Justizbeamter seine Meldepflicht i.S.v. GVG 97 verletzt und der Ablehnungsgrund erst nach der Eröffnung des Endentscheides entdeckt wird, Mittel der Anfechtung ist für die Entscheide, welche der Berufung unterliegen, die Berufung, d.h. Ausschluss- oder Ablehnungsgründe sind spätestens im Berufungsverfahren geltend zu machen (6).

1 vgl. ZR 56 Nr. 111

2 GVG 101 I i.V.m. GVG 42

3 vgl. Bauhofer, a.a.O., SJZ 42 S. 299 f.

4 ZR 26 Nr. 80, 47 Nr. 1 / ZR 38 Nr. 123 / Bauhofer, a.a.O., S. 299

5 ZR 51 Nr. 63, 52 Nr. 41 u. 94

6 Walder, a.a.O., S. 81, FN 14

C) DER BERUFUNGSENTSCHEID

I) Arten des Berufungsentscheides

1) Neuer Endentscheid der Berufungsinstanz

a) Grundsatz der Nichtrückweisung

aGVG 124 gewährte den Parteien einen grundsätzlichen Anspruch auf Wahrung des Instanzenzuges. Deshalb durfte die Berufungsinstanz nicht auf ein Rechtsbegehren eintreten, über welches die untere Instanz noch nicht entschieden hatte (1).

Für solche Fälle sah schon aZPO 332 eine Rückweisung an die Vorinstanz vor.

Im alten wie im neuen Recht gilt aber der Grundsatz, dass die Berufungsinstanz, d.h. das Obergericht (2), selbst einen neuen Endentscheid fällt (3).

Wie bei der Nichtigkeitsbeschwerde die grundsätzliche kassatorische Wirkung (4) dem äusserst beschränkten Kognitionsbereich (5) entspricht, gilt bei der Berufung mit ihrem weiten Erkenntnisbereich grundsätzlich das Devolutivprinzip (6).

b) Form und Inhalt des neuen Endentscheides
(vgl. § 7 A II)

aa) Form

Der neue Endentscheid der Berufungsinstanz über die Sache selbst ergeht als Urteil (7), in allen anderen Fällen in der Form eines Beschlusses (8).

bb) Inhalt
(vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., § 172)

Das Gesetz schreibt in GVG 157 vor, welchen Inhalt die Endentscheide in Zivilsachen aufweisen müssen. Bei den Zivilsachen i.S.v. GVG 157 handelt es sich um Streitigkeiten

- 1 Hasler, a.a.O., S. 18
- 2 GVG 43 I
- 3 ZPO 270 / vgl. § 13 C I/2
- 4 ZPO 291
- 5 ZPO 281
- 6 ZPO 270
- 7/8 GVG 155

"denen ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zugrundeliegt" (1). Die Endentscheide gliedern sich in drei Teile:

In der Einleitung finden wir die Bezeichnung des Gerichts, die Namen der mitwirkenden Richter und des Kanzleibeamten (2). Anzugeben sind dabei auch Abteilung und Kammer, welche den Entscheid gefällt hat (3). Diese Angaben sollen einen allfälligen Rekurs oder eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen ungehöriger Besetzung bzw. Unzuständigkeit ermöglichen (4). Um das Datum des Eintritts der formellen Rechtskraft bestimmen zu können, muss auch angegeben werden, wann der Entscheid gefällt wurde (5). In der Einleitung finden wir ferner die Bezeichnung der Prozesssache (6) und der Rechtsbegehren der Parteien (7). Bei der Bezeichnung der Parteien sind Name, Firma und Adresse, bei natürlichen Personen zudem noch Vornamen, Geburtsdatum, Heimatort und Beruf anzugeben (8). Aufzuführen sind ferner auch Name und Adresse der Parteivertreter (9).

Auf die Einleitung folgt eine Begründung des Endentscheides. Für die der Berufung an das Bundesgericht unterliegenden Streitigkeiten schreibt OG 51 den Minimalinhalt der kantonalen Endentscheide vor. Eine Pflicht zur Begründung des Endentscheides ergibt sich aber auch ganz allgemein aus dem Prinzip des rechtlichen Gehörs (10). Verweisungen auf andere Urteile sind dabei nur dann zulässig, wenn sie sich auf bestimmte einzelne Rechtsfragen beziehen und die Bedeutung von ergänzenden Belegen haben (11). Die Begründung enthält eine gedrängte Darstellung des Streitverhältnisses (12). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist der Streitwert anzugeben, sofern keine bestimmte Geldsumme verlangt wird (13). Bei der Nennung der Entscheidungsgründe muss auf das angewendete Recht verwiesen werden (14). Kosten- und Entschädigungsbestimmungen, welche von der gesetzlichen Regel abweichen, sind zudem speziell zu begründen.

- 1 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 2 zu § 172 / vgl. VRG 1
- 2 GVG 157 Ziff. 1
- 3/4 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 3 zu § 172
- 5 GVG 157 Ziff. 2
- 6 GVG 157 Ziff. 5
- 7 GVG 157 Ziff. 6
- 8 GVG 157 Ziff. 3
- 9 GVG 157 Ziff. 4
- 10 ZPO 56 / BV 4 / vgl. BGE 101 Ia 48
- 11 BGE 90 II 209
- 12 GVG 157 Ziff. 1
- 13 GVG 157 Ziff. 2
- 14 GVG 157 Ziff. 9

Als dritter und letzter Teil enthält der Endentscheid das Dispositiv. Im Dispositiv finden wir den Entscheid in der Sache, d.h. die Anordnung der im streitigen Fall anzuwendenden Rechtsfolge (1). Das Dispositiv spricht sich ferner aus über die Tragung der Kosten und Entschädigungen (2); es nennt die Personen und Amtsstellen, denen der Entscheid mitgeteilt wird und enthält eine Rechtsmittelbelehrung (3).

2) Rückweisungsbeschluss

a) Rechtsnatur des Rückweisungsbeschlusses

Der Rückweisungsbeschluss ist ein prozessleitender Zwischenentscheid der Berufungsinstanz, der im Umfange der angeordneten Rückweisung denjenigen Zustand herstellt, der vor dem Erlass des Entscheides der Vorinstanz bestand (4). Der Rückweisungsbeschluss kann als Zwischenentscheid und Beschluss nicht in materieller Rechtskraft erwachsen (5).

Ob man das weitere Verfahren nach ergangenem Rückweisungsbeschluss als Fortsetzung des Verfahrens in der Rechtsmittelinstanz oder als Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens betrachtet (6), dürfte ohne grosse praktische Auswirkungen bleiben.

b) Rückweisungsgründe

aGVG 124 gewährte den Parteien einen Anspruch auf strikte Wahrung des Instanzenzuges. Deshalb war eine Rückweisung stets dann geboten, wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten wurde oder die Akten keine hinreichende Entscheidungsgrundlage boten, weil sonst den Parteien eine Rechtsmittelmöglichkeit verloren ging, dadurch dass nur eine, nämlich die zweite Instanz, entschied (7). Beispielsweise musste eine Rückweisung immer dann erfolgen, wenn die Vorinstanz eine Sache nicht anhandgenommen hatte, weil sie fälschlicherweise

- 1 GVG 157 Ziff. 10 / Hauser/Hauser, a.a.O., A. 9I zu § 172
- 2 GVG 157 Ziff. 10
- 3 GVG 157 Ziff. 11
- 4 vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., A. 2 II zu § 122
- 5 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 2 II zu § 122 / ZPO 191
- 6 vgl. Hasler, a.a.O., S. 13 f.
- 7 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 2 I zu § 122

das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen verneinte (1). Nach der ersatzlosen Streichung von aGVG 124 entfällt ein eigentlicher Anspruch der Parteien auf Wahrung des Instanzenzuges. Der Rückweisungsbeschluss wird somit zum Ermessensentscheid, dessen Richtpunkte Prozessökonomie, Kostenersparnis und die Parteiinteressen sind (2).

Da eine Rückweisung regelmässig mit einem zeitlichen und finanziellen Mehraufwand verbunden ist, bleibt sie die Ausnahme. Grundsätzlich sind die Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens von der Berufungsinstanz selbst zu beheben, z.B. durch Zulassung von Noven in zweiter Instanz, die erstinstanzlich zu Unrecht ausgeschlossen worden sind (3).

Die Interessen der Parteien machen aber häufig eine Wahrung des Instanzenzuges erforderlich, wenigstens dann, wenn die Vorinstanz in erheblichem Umfange die Vorbringen der Parteien nicht berücksichtigt hat. So ist eine Rückweisung angezeigt, wenn das vorinstanzliche Hauptverfahren nicht vollständig durchgeführt worden ist (4); wenn die Klage ohne Prüfung des materiellen Anspruches abgewiesen wurde, z.B. wegen fehlender Sachlegitimation, Anspruchsverjährung u.s.w.; wenn auf die Klage wegen fehlender Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten wurde u.s.w. (5).

c) Umfang des Rückweisungsbeschlusses

Die Rückweisung kann sich auf den ganzen vorinstanzlichen Entscheid erstrecken oder nur auf gewisse Teile (6). Bei Ungewissheit über die Tragweite des Rückweisungsbeschlusses kann die Vorinstanz eine Erläuterung i.S.v. GVG 162 f. verlangen (7).

d) Bindung der Vorinstanz an den Rückweisungsbeschluss

aa) Grundsätzliche Bindung bezüglich der Rechtsfragen

Die untere Instanz ist grundsätzlich an die dem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsauffassung gebunden (8). Diese Ausnahme zum Grundsatz der richterlichen

1 vgl. Hasler, a.a.O., S. 18 f.
2 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 4 zu § 270
3 ZR 66 Nr. 109, 58 Nr. 167, 41 Nr. 59
4 vgl. ZR 73 Nr. 16, 56 Nr. 111 a
5 ZR 61 Nr. 90, 56 Nr. 111
6/7 Hauser/Hauser, a.a.O., A. 2 II zu § 122
8 GVG 104 II

Unabhängigkeit (1) betrifft also nur Rechtsfragen und nicht Fragen tatsächlicher Art (2). Auch stillschweigende rechtliche Beurteilungen der oberen Instanz sind verbindlich, soweit es sich dabei um notwendige Voraussetzungen für die Aufhebung des Urteils handelt (3). Erfolgt beispielsweise ein Rückweisungsbeschluss, damit die untere Instanz Beweis darüber erhebe, ob sich beim Tatbestand des Vertragsschlusses ein Willensmangel verwirklicht habe, so wird damit implizite festgestellt, dass eine Willenseinigung zustandegekommen, die vorgeschriebene Form gewahrt und der Vertrag nicht nichtig ist, es sei denn, diese Fragen wären von der oberen Instanz ausdrücklich offengelassen worden (4).

bb) Schranken der Bindung

Eine Bindung der unteren Instanz an die dem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsauffassung der oberen Instanz entfällt, wenn dies zu sinnlosen Ergebnissen führen würde, nämlich dann, wenn entweder die rechtlichen oder die tatsächlichen Grundlagen, auf denen der Rückweisungsbeschluss beruht, sich nachträglich geändert haben (5). Unter Vorbehalt der Teilrechtskraft eines nicht angefochtenen Urteilsdispositivs (6) sind Noven im Rahmen von ZPO 115/138 auch ausserhalb des Rückweisungsbeschlusses zulässig.

Zu berücksichtigen ist in jedem Falle auch die Anerkennung einer vorher bestrittenen Tatsache seitens einer Partei (7).

Wie aber steht es, wenn das Obergericht nach Fällung des Rückweisungsbeschlusses in einem anderen Verfahren ein Präjudizurteil fällt, das der dem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegenden Rechtsauffassung widerspricht? Ist dann die untere Instanz an die Rechtsauffassung des Rückweisungsbeschlusses gebunden oder muss sie das neue Präjudiz des Obergerichts berücksichtigen? Eine Bindung der unteren Instanz an das neue Präjudiz ist wohl dann anzunehmen, wenn dem Sinne des Gesetzes mit der neuen Auslegung besser entsprochen wird (8).

- 1 GVG 104 I
- 2 vgl. Hasler, a.a.O., S. 59 f.
- 3 Hasler, a.a.O., S. 62
- 4 Beispiel von Guldener, a.a.O., S. 488 FN. 42
- 5 Hasler, a.a.O., S. 68
- 6 ZR 55 Nr. 75
- 7 Hasler, a.a.O., S. 69
- 8 Meier-Hayoz, Kommentar, N. 507 zu ZGB 1

Im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung ist eine Bindung an das neue Präjudiz zu bejahen, wenn die dem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegende Lösung unter ethischen und realistischen Gesichtspunkten als nicht mehr angemessen erscheint (1).

Erhält das Obergericht eine Praxis aufrecht, die der Rechtssprechung des Bundesgerichts widerspricht, weil es seinen Entscheid auf bessere Gründe zu stützen weiss, so hat die Vorinstanz die Rechtsauffassung des Obergerichts und nicht diejenige des Bundesgerichts zu beachten (2).

e) Bindung der Berufungsinstanz an ihren eigenen Rückweisungsbeschluss?

Das Bundesgericht betrachtet sich grundsätzlich an seinen eigenen Rückweisungsbeschluss gebunden (3) und macht nur gerade für den Strafprozess eine vereinzelte Ausnahme (4). Wird der neue Entscheid der Vorinstanz wiederum angefochten, so gilt gemäss BGE 38 I 574 der neue Entscheid des Bundesgerichts als ein formell neuer Entscheid, materiell handle es sich aber, abgesehen von der Rückweisung, lediglich um eine Bestätigung und Erneuerung des ersten Bundesgerichtsent-scheides. Das Bundesgericht überprüft demnach bei erneuter Anfechtung des Entscheides der Vorinstanz den Neuentscheid nur noch insoweit, als es eine Rückweisung angeordnet hat. Die erneute Anfechtung kann also nur noch damit begründet werden, die Vorinstanz habe sich nicht an den Rückweisungsbeschluss gehalten. Im übrigen betrachtet das Bundesgericht seinen ersten Entscheid als materiell rechtskräftig (5).

Demgegenüber nehmen zürcherische Praxis und Lehre an, das Zürcher Obergericht sei nicht an die seinem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsauffassung gebunden, wenn gegen den neuen Entscheid der unteren Instanz wiederum Berufung ergriffen wird (6).

Dies lässt sich aber nicht damit begründen (7), dass der Rückweisungsbeschluss gemäss ZPO 191 nicht in materieller Rechtskraft erwachse. Die Selbstbindung der Berufungsinstanz an den eigenen Rückweisungsbeschluss ist vielmehr ein Problem sui generis, da sich die materielle Rechtskraft lediglich auf Entscheide

- 1 Meier-Hayoz, Kommentar, N. 510 zu ZGB 1/Hasler, a.a.O., S. 70
- 2 Hasler, a.a.O., S. 70
- 3 BGE 38 I 574, 92 I 507, 100 Ia 30, 104 Ia 63
- 4/5 BGE 104 Ia 63 u. 64
- 6 vgl. ZR 55 Nr. 75, 41 Nr. 61, 36 Nr. 196 / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 8 zu § 270 / Hauser/Hauser, a.a.O., A. 2 TV zu § 122
- 7 so Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 8 zu § 27

in einem zukünftigen Prozess auswirkt und nicht innerhalb ein und desselben Prozesses (1). Auch die materielle Rechtskraft eines Teilentscheides bildet da keine Ausnahme, weil der Prozess bezüglich dieser Teilfrage abgeschlossen ist und ein erneutes Aufgreifen der Teilfrage im weiteren Verlaufe des Gesamtprozesses genauso zu betrachten ist wie im Verhältnis eines abgeschlossenen Prozesses zu einem gänzlich neuen Prozess.

Die Behauptung, wonach eine Selbstbindung der Berufungsinstanz an die dem Rückweisungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsauffassung nicht besteht, bedürfte demnach einer anderen Begründung: Da das Urteil mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft grundsätzlich unabänderlich wird, um der Rechtssicherheit zum Durchbruch zu verhelfen, müssen die prozessleitenden Entscheide, welche zu diesem Urteil führen, abänderlich sein, damit auch dem Gebot der Findung des wahren materiellen Rechts Rechnung getragen wird (2). Aus diesem Grunde erwachsen prozessleitende Entscheide nur ausnahmsweise (3) in formeller Rechtskraft (4), nie jedoch in materieller Rechtskraft (5).

Davon unabhängig gilt aber der allgemeine Grundsatz, dass das Gericht einen erlassenen Entscheid nicht in Wiedererwägung ziehen darf (6). Gerade für die prozessleitenden Entscheide gilt indessen das Verbot der Wiedererwägung nicht (7). Es fragt sich aber, ob das Verbot der Wiedererwägung nicht auch für gewisse prozessleitende Entscheide gelten soll, nämlich dann, wenn ein prozessleitender Entscheid in materieller Hinsicht urteilsähnlichen Charakter hat (8). Ein solcher wäre beim Rückweisungsbeschluss ohne weiteres zu bejahen, weil die Berufungsinstanz nach Fällung des Rückweisungsbeschlusses in dessen Umfang nicht mehr mit der Sache befasst ist (9). Damit wäre auch der Rechtssicherheit besser gedient, da sich eine Partei bei erneuter Berufung auf die rechtliche Begründung des Rückweisungsbeschlusses verlassen könnte. Unter diesen Gesichtspunkten erschiene mir eine Ueberprüfung der bisherigen Praxis durchaus als lohnenswert.

1 vg. Guldener, a.a.O., S. 364

2 vgl. Haemmerli, a.a.O., S. 52

3 ZPO 271 Ziff. 3 u. 5 sowie ZPO 269 II

4 a.A. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 1 zu § 190

5 ZPO 191/190

6/7 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 190

8 vgl. Haemmerli, a.a.O., S. 53

9 vgl. Haemmerli, a.a.O., S. 84

f) Anfechtung des Rückweisungsbeschlusses

Der Rückweisungsbeschluss kann mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden angefochten werden (1). Es ist zweckmässig, allfällige Nichtigkeitsgründe vorab zu prüfen, weil alsdann regelmässig gewichtige Weiterungen bevorstehen (2).

g) Berufung gegen den neuen Entscheid der unteren Instanz

Hat die untere Instanz gemäss Rückweisungsbeschluss einen neuen Entscheid gefällt, so ist dagegen unter den Voraussetzungen von ZPO 259 erneut Berufung möglich. Für die Zulässigkeit der Berufung bestimmt sich der Streitwert nach den Verhältnissen zur Zeit der Fällung des Entscheides der unteren Instanz (3). Die Anfechtung des neuen Entscheides der Vorinstanz kann sich darauf stützen, dass die Bindung an den Rückweisungsbeschluss nicht beachtet worden oder dass eine irrtümliche Auslegung des Rückweisungsbeschlusses erfolgt sei (4). Im neuen Berufungsverfahren können die Parteien auch ausserhalb des Rückweisungsbeschlusses Noven vorbringen, jedoch nur nach Massgabe von ZPO 115/138 (5).

II) Rechtskraft des Berufungsentscheides

(vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 190 f. / Guldener, a.a.O., S. 362)

1) Formelle Rechtskraft

Unter formeller Rechtskraft versteht man den Ausschluss der Anfechtung eines Entscheides mit ordentlichen Rechtsmitteln (6). Als ordentliche Rechtsmittel gelten insbesondere die kantonale Berufung und der kantonale Rekurs (7). Der Berufungsentscheid erlangt demnach formelle Rechtskraft, wenn die Frist zur Ergreifung eines ordentlichen Rechtsmittels (Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht) unbenützt abgelaufen ist (8) oder sobald ein rechtswirksamer Verzicht auf diese ordentlichen Rechtsmittel ausgesprochen wird (9). Als ausserordentliche

1 ZPO 281 / ZR 75 Nr. 45

2 vgl. Wsg. 189

3 ZPO 18

4 Hauser/Häuser, a.a.O., A. 2 IV zu § 122

5 ZR 50 Nr. 76, 55 Nr. 75 / Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 8 zu § 270;

a.A. ZR 61 Nr. 93

6 Guldener, a.a.O., S. 362

7 ZPO 259 f. / ZPO 271 f.

8 ZPO 190 II / OG 43 f., 68 f (SR 173. 110)

9 ZPO 190 II

Rechtsmittel gelten die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (1), die Revision (2), die staatsrechtliche Beschwerde (3) und die Revision (4) an das Bundesgericht (5). Die ausserordentlichen Rechtsmittel beeinträchtigen grundsätzlich die formelle Rechtskraft nicht, es sei denn, es werde ihnen aufschiebende Wirkung zugemessen (6) oder sie werden gutgeheissen (7). Die Wirkungen der formellen Rechtskraft des Berufungsurteils zeigen sich vor allem darin, dass mit ihrem Eintritt Feststellungs- und Gestaltungsurteile vollstreckbar werden (8). Der Umfang der formellen Rechtskraft des Berufungsentscheides hängt davon ab, inwieweit dagegen ein Rechtsmittel mit Suspensivkraft ergriffen wird (9). Mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft wird der Berufungsentscheid auch materiell rechtskräftig (10).

2) Materielle Rechtskraft

Materielle Rechtskraft bedeutet, dass der Richter in einem späteren Prozess an den Entscheid eines anderen Gerichts gebunden ist (11). Nicht zu verwechseln mit der materiellen Rechtskraft ist das grundsätzliche Verbot der Wiedererwägung, welches die Bindung des Gerichts an den eigenen Entscheid regelt (12). Vor Eintritt der formellen Rechtskraft kann ebenfalls verhindert werden, dass gleichzeitig oder nacheinander über denselben Gegenstand zwei funktionell gleichwertige Urteile ergehen, indem die Einrede der Rechtshängigkeit geltend gemacht wird (13). Das Institut der materiellen Rechtskraft ergibt sich unmittelbar aus dem Bundesprivatrecht, soweit sich jedenfalls der Anspruch nach diesem beurteilt (14). Die materielle Rechtskraft setzt Uebereinstimmung der Parteien und Anspruchsidendität voraus (15). Bei bundesrechtlichen Ansprüchen besteht Anspruchsidendität zwischen dem ergangenen Urteil und einer neuen Klage

- 1 ZPO 281 f.
- 2 ZPO 293
- 3 OG 83 f.
- 4 OG 136
- 5 vgl. Walder, a.a.O., S. 427
- 6 ZPO 268 / OG 142
- 7 Sträuli/Messmer/Wiget, N. 1 zu 190
- 8 Sträuli/Messmer/Wiget, N. 8 zu § 190
- 9 ZPO 260 / OG 54 II, 70
- 10 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 8 zu § 190
- 11 vgl. Guldener, a.a.O., S. 364
- 12 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 190
- 13 ZPO 107 Ziff. 2
- 14 vgl. BGE 95 II 640, 97 II 396, 98 II 27, 158
- 15 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 4 f. u. 13 f. zu § 191

dann, wenn erneut der gleiche Anspruch aus dem gleichen Entstehungsgrund geltend gemacht wird (1).

Die materielle Rechtskraft gilt auch gegenüber den Rechtsnachfolgern der Parteien (2), nicht jedoch gegenüber Dritten, die nicht in den Prozess einbezogen wurden, auch wenn sie am Streitverhältnis beteiligt waren (3).

Als eigenes materiellrechtliches Problem und nicht als Folge der materiellen Rechtskraft ist die Auswirkung eines ungünstigen Prozessausganges auf die Rechtsstellung der Nebenpartei anzusehen (4). Von vereinzelt Ausnahmen (5) abgesehen, erstreckt sich die materielle Rechtskraft nicht auf die Erwägungen, sondern nur auf das Dispositiv (6). Für die Ermittlung der Tragweite des Dispositivs sind jedoch regelmässig auch die Erwägungen heranzuziehen (7). Die materielle Rechtskraft wird gemäss ZPO 191 IV nur auf Parteieinrede hin berücksichtigt. Fraglich ist, ob das kantonale Recht zur Beantwortung dieser Frage überhaupt zuständig ist, da das Institut der materiellen Rechtskraft im Rahmen bundesprivatrechtlicher Ansprüche vom Bundesprivatrecht bestimmt wird (8). Zumindest im Bereich der Offizialmaxime könnte eine Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft ex officio aus dem Bundesprivatrecht abgeleitet werden (9). Praktisch gesehen dürfte aber das Gericht vom Bestehen eines früheren Urteils nur selten erfahren, wenn es nicht von einer Partei darauf aufmerksam gemacht wird. Aus diesem Grunde und in Parallele zur Einrede der Rechtshängigkeit (10) wurde aber daran festgehalten (11), die materielle Rechtskraft generell nur auf Einrede hin zu berücksichtigen (12).

- 1 vgl. BGE 71 II 283, 97 II 396, 98 II 27, 158
- 2 vgl. Prot. EK 110, 896, 1122, 1230 / Prot. KK 675
- 3 vgl. BGE 74 II 218, 89 II 434
- 4 vgl. BGE 90 I 120
- 5 z.B. Verrechnungseinrede, Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 12 zu § 191
- 6 vgl. GVG 157 Ziff. 10
- 7 BGE 71 II 284, 84 II 140, ZR 65 Nr. 121
- 8 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 3 zu § 191
- 9 vgl. Walder, Offizialmaxime, S. 38
- 10 ZPO 107 Ziff. 2
- 11 vgl. aZPO 106
- 12 vgl. Prot. KK 198

5. KAPITEL: EXTERNE KOSTENTRAGUNG DER PARTEIEN IM BERUFUNGSVERFAHREN

Vorbemerkungen

Auf alle Probleme der Kostenersatzpflicht kann im Rahmen dieser Dissertation unmöglich eingegangen werden. Vielmehr soll hier nur die Frage der externen Kostentragung der Parteien behandelt werden, d.h., die Frage, welche Partei die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat. Wer im Innenverhältnis die Kosten zu tragen hat, wenn auf Seiten einer Partei mehrere Personen beteiligt sind (interne Kostentragung), ist nicht Gegenstand dieses Kapitels. Ebenso wird für weitere Fragen auf die einschlägige Literatur verwiesen (1).

§ 17 GRUNDBEGRIFFE

A) PROZESSKOSTEN

Prozesskosten sind diejenigen Aufwendungen, welche durch die Geltendmachung eines Anspruchs vor Gericht entstehen. Sie lassen sich in gerichtliche und aussergerichtliche Kosten unterteilen (2).

B) GERICHTLICHE KOSTEN

Gerichtliche Kosten entstehen durch die Inanspruchnahme gerichtlicher Tätigkeiten (3). Für den Kanton Zürich sind dies die als Gebühren, Auslagen und Entschädigungen bezeichneten Aufwendungen von GVG 201. Die Unterscheidung zwischen Gebühren einerseits, Auslagen und Entschädigungen andererseits ist nicht juristischer, sondern wirtschaftlicher Natur. Die Auslagen dienen der Deckung von Ausgaben konkreter

- 1 Regula Völki, Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Diss. Zürich 1934 / Niklaus Ammann, Die Entschädigungspflicht der Parteien im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1971 /
 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., § 64-72 / Hauser/Hauser, a.a.O., aGVG 222 ff.
- 2 Völki, a.a.O., §. 23
- 3 Völki, a.a.O., §. 23 f.

Natur wie z.B. für Frankatur, Telefongespräche, Transporte und Verpflegung bei Augenscheinen. Ebenfalls konkreter Natur sind die Entschädigungen, womit Zeugen und Sachverständigen ein Entgelt für ihre Tätigkeit entrichtet wird. Die sog. Gebühren hingegen fliessen in die Staatskasse zur Finanzierung allgemeiner Staatszwecke (1). Die gerichtlichen Kosten werden auch nicht vollumfänglich auf die Parteien überwältzt, sondern zum Teil auch durch Steuergelder getragen. Einerseits sollen die Parteien nicht durch hohe Gerichtsgebühren abgeschreckt werden (2), andererseits liegt die Verwirklichung der Rechtspflege nicht bloss im Interesse der Parteien, sondern auch im öffentlichen Interesse. Alle gerichtlichen Kosten i.S.v. GVG 201 sind Gebühren im juristisch technischen Sinne, d.h. sie stellen ein Entgelt des Bürgers für die Inanspruchnahme einer speziellen staatlichen Tätigkeit dar (3). Gestützt auf BV 4 hat das Bundesgericht einige allgemeine Grundsätze für Gebühren aufgestellt. So müssen grundsätzlich (4) der Kreis der Abgabepflichtigen, Gegenstand und Bemessung der Abgabe in einem Gesetz im formellen Sinne festgesetzt sein (Legalitätsprinzip) (5) (6). Nach dem Kostendeckungsprinzip sollen die Gesamteingänge an Gebühren grundsätzlich den Gesamtaufwand nicht überschreiten (7). Das aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleitete Äquivalenzprinzip verlangt, dass auch die einzelne Gebührenforderung in einem bestimmten Verhältnis zu dem vom Gebührenpflichtigen im Einzelfall veranlassten staatlichen Aufwand stehen (8). Ihrem Rechtsgrund nach sind die gerichtlichen Prozesskosten Legalobligationen des Prozessrechts und gehören dem öffentlichen Recht an. Soweit nicht auf das Privatrecht verwiesen wird (9), sind daher privatrechtliche Grundsätze nicht anwendbar (10).

- 1 Völki, a.a.O., S. 23 ff., Ammann, a.a.O., S. 16 ff
- 2 vgl. KV (ZH) 59, Hauser/Hauser, a.a.O., Vorb. zu GVG 222 f., A I
- 3 Für Abgrenzungsfragen vgl. Imboden, a.a.O., Nr. 108-114
- 4 Mit Ausnahme der sog. Kanzleigebühren vgl. BGE 97 I 203
- 5 vgl. BGE 97 I 203, 347, 804 / Hauser/Hauser, a.a.O., Vorbem. zum VI. Abschnitt S. 784
- 6 vgl. GVG 201 f., ZPO 64 f., V über die Gerichtsgebühren vom 30. Juni 1976 (OS 46), V betreffend die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen vom 19. Dez. 1956 (ZG 6, 175), V betreffend Vorladungs- Zustellungs- und Schreibgebühren vom 11. Dez. 1974 (OS 45,237) /KV (ZH) 59
- 7 BGE 97 I 204 f., 334 f.
- 8 BGE 99 Ia 539 f., 97 Ia 204, 95 I 506
- 9 vgl. GVG 205
- 10 Völki, a.a.O., S. 47 f.

C) AUSSERGERICHTLICHE KOSTEN

Aussergerichtliche Kosten erwachsen den Parteien nicht durch die Inanspruchnahme gerichtlicher Tätigkeit, sondern werden anderweitig durch die Prozessführung verursacht, z.B. durch Prozessvertretung, Beschaffung von Beweismaterial u.s.w. (1). Dazu gehören auch die Kosten, welche den Parteien durch die Zeitversäumnis entstanden sind (2). ZPO 68 I zählt auch die Weisungskosten des Sühneverfahrens zu den aussergerichtlichen Kosten.

Auch die aussergerichtlichen Kosten sind Legalobligationen des Prozessrechtes (3).

D) VORPROZESSUALE KOSTEN

Einer Partei können auch Kosten entstehen, bevor es zu einem Prozess kommt oder ohne das es überhaupt zu einem Prozess kommt, z.B. für juristische Vorabklärungen, Mahnschreiben und mündliche Verhandlungen (4). Die vorprozessualen Kosten sind nicht mit den aussergerichtlichen Kosten, die zu den Prozesskosten gehören, zu verwechseln.

ZPO und GVG enthalten keine explizite Regelung der vorprozessualen Kosten. Aufgrund von Art. 64 BV liegt die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des kantonalen Prozessrechts bei den Kantonen. Die Pflicht zur Entschädigung der prozessualen Kosten ist in materieller Hinsicht an sich Gegenstand des Privatrechts (5). Denn hier wird ein Verhältnis zwischen einander grundsätzlich gleichgestellten Einzelpersonen gergelt, ohne dass der Staat daran mit hoheitlicher Gewalt beteiligt ist (6). Wegen des tatbeständlichen Zusammenhanges mit dem Prozessverfahren regelt das Prozessrecht aber auch die Frage der Parteient-schädigung (7). Das kantonale Prozessrecht ist daher aufgrund von Art. 64 BV auch in abschliessender Weise zuständig für die Frage der Entschädigung der prozessualen Parteikosten und der vorprozessualen Kosten (8), da diese nach denselben Regeln zu behandeln

1/2 Völki, a.a.O., S. 37 f.? Ammann, a.a.O., S. 16 ff.

3 Völki, a.a.O., S. 47 f.

4 Ammann, a.a.O., S. 53 f.

5 Jäggi, a.a.O., S. 12

6 Jäggi, a.a.O., S. 12

7/8 Jäggi, a.a.O., S. 13

sind wie jene (1). "Denn die vorprozessuale und die prozessuale Vertretung bilden zusammen eine einheitliche Folge von Dienstleistungen" (2). Ursachen (Ungewissheit der Rechtslage, Bestreitung eines Anspruches bezüglich Art und Umfang u.a.) und Ziel (Rechtsverfolgung) dieser Dienstleistungen sind dieselben (3). Ebenso sind die Dienstleistungen häufig von gleicher Art (Sammeln von Beweismaterial, Prüfung und Darstellung der Rechtslage, Schadensberechnung, Führung von Vergleichsverhandlungen u.a.) (4).

E) VORLAEUFIGE UND ENDGUEL TIGE KOSTENTRAGUNG

Bei der vorläufigen Kostentragung wird eine Partei zum Zwecke der Sicherstellung von Gerichtskosten und Prozessentschädigungen zur Hinterlegung einer Kautions verpflichtet (5). Je nach Prozessausgang wird diese Kautions zurückerstattet oder sie dient der Bezahlung der endgültigen Kosten, d.h. der Kosten, die mit der Beendigung des Prozesses (6) den Parteien auferlegt werden (7). Die vorläufige Kostentragung wurde bereits behandelt (8). Bei der endgültigen Kostentragungspflicht unterscheiden wir zwischen einer ordentlichen und einer ausserordentlichen Prozesskostenersatzpflicht.

F) ORDENTLICHE UND AUSSERORDENTLICHE PROZESSKOSTENERSATZPFLICHT

Die ordentliche Prozesskostenersatzpflicht entsteht in jedem Prozess als Folge objektiv erlaubter Prozessführung (9). Demgegenüber kommt es zur ausserordentlichen Prozesskostenersatzpflicht, wenn sich eine Partei prozesswidrig verhält (10), d.h., wenn sie teils schuldhaft, teils schuldlos durch prozessuale Handlungen, die zur zweckentsprechenden Verfolgung ihrer Rechte nicht notwendig waren, Kosten verursacht hat, z.B. Trölerei (11).

- 1-3 Jäggi, a.a.O., S. 14
- 4 Jäggi, a.a.O., S. 15
- 5 vgl. § 4 D
- 6 vgl. ZPO 188 ff.
- 7 Völki, a.a.O., S. 56 f. und 137 f.
- 8 vgl. § 5 D
- 9-11 Völki, a.a.O., S. 137 f. und 172 f.

§ 18 DIE REGELUNG DER EXTERNEN KOSTENTRAGUNG
DER PARTEIEN IM BERUFUNGSENTSCHEID

A) ORDENTLICHE PROZESSKOSTENERSATZPFLICHT

I) Ersatzpflicht für gerichtliche Kosten

1) Erstinstanzliche gerichtliche Kosten

Die Berufungsinstanz regelt, wenn sie einen neuen Endentscheid fällt, auch die Kostenverteilung des erstinstanzlichen Verfahrens. Gemäss ZPO 269 darf sie den Entscheid der Vorinstanz nur nach Massgabe der Berufungsanträge überprüfen. Eine fehlerhafte erstinstanzliche Regelung der Kosten und Entschädigungen ist jedoch von Amtes wegen zu berichtigen, wenn dadurch die Gerichtskasse zugunsten einer Partei benachteiligt wird (1). Ebenso wenig ist die Berufungsinstanz an die Parteianträge und die damit verbundene Kostenregelung gebunden, wo das Verbot der *reformatio in pejus* nicht gilt (2). Im übrigen gilt folgende gewohnheitsrechtliche (3) Regelung: Sind im Berufungsverfahren nicht mehr alle Rechtsbegehren streitig, die vor erster Instanz gestellt wurden, so werden Kosten und Entschädigungen für das Verfahren in erster Instanz und in der Berufungsinstanz separat berechnet; Das Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens in der zweiten Instanz wird dann nach Massgabe der Berufungsanträge bestimmt (4). Bei einem Rückweisungsentscheid wird der Kostenentscheid nicht durch die Berufungsinstanz, sondern durch die Vorinstanz gefällt, es sei denn, das Berufungsverfahren wäre durch ein prozesswidriges Verhalten (ausserordentliche Kostentragung) des Berufungsklägers verursacht worden (5).

1 GVG 207, ZPO 65 II, ZR 55 Nr. 67

2 vgl. § 16 A II

3 Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 7 zu § 64

4 ZR 72 Nr. 15

5 ZR 60 Nr. 64

2) Gerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens

a) Grundsatz

aa) Wenn eine Partei vollständig obsiegt

Obsiegt eine Partei vollständig, so werden die Kosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (1). Bei der Prozessbeendigung durch Urteil stellt sich für vermögensrechtliche Streitigkeiten die Frage, ob für den Tatbestand des völligen Obsiegens einer Partei auf qualitative oder auf quantitative Momente abgestellt werden soll. Klagt eine Partei auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung in Höhe von Fr. 100'000.-- und wird ihre Klage gutgeheissen, jedoch nur im Ausmass von Fr. 75'000.--, so ist sie zwar in qualitativer Hinsicht vollständig obsiegende Partei, in quantitativer Hinsicht jedoch nur teilweise obsiegende Partei. Aus ZPO 64 III e contrario ergibt sich in unmissverständlicher Weise, dass nur diejenige Partei vollständig obsiegt hat, die sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht, d.h., sowohl mit ihrem grundsätzlichen Anspruch als auch mit der Höhe der Forderung, völlig durchgedrungen ist. Damit müsste dem Kläger, der nur mit 3/4 seiner Forderungshöhe durchgedrungen ist, grundsätzlich 1/4 der Kosten auferlegt werden. ZPO 64 III sieht zwar die Möglichkeit vor, den quantitativ nur teilweise Obsiegenden dem vollständig Obsiegenden gleichzustellen, sofern ihm die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde; diese Ausnahme bestätigt aber gerade die Regel, wonach ein vollständiges Obsiegen sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht notwendig ist. Als vollständig unterlegen gilt ferner eine Partei, auf deren Berufung wegen fehlender Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen nicht eingetreten wurde (2) oder die ihre Klage im Berufungsverfahren zurückzieht (3) oder die die Klage vollständig anerkennt (4).

bb) Wenn keine Partei vollständig obsiegt

Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist für das Ausmass des teilweise Obsiegens nicht nur auf quantitative Gesichtspunkte abzustellen (5), sondern es muss

1 ZPO 64 I
2 vgl. ZR 70 Nr. 25, 55 Nr. 7
3 vgl. BGE 91 II 150, ZR 57 Nr. 69
4 vgl. BGE 91 II 150
5 vgl. oben aa)

wie bei den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch beachtet werden, ob eine Partei mit ihren Anträgen grundsätzlich durchgedrungen ist oder nicht (1). Jede Partei trägt demnach grundsätzlich die Kosten des Prozesses in dem Ausmass, als sie unterlegen ist (2).

b) Ausnahmen und Sonderregelungen

aa) Ausnahme gemäss ZPO 64 III

ZPO 64 II gestattet es dem Gericht unter Umständen von der grundsätzlichen Regelung der Kostenverteilung abzuweichen. In einem solchen Falle muss der Kosten- und Entschädigungsentscheid jedoch im Urteil speziell begründet werden (3). Insbesondere erwähnt das Gesetz den Fall, wo der Kläger zwar mit seiner Klage grundsätzlich durchgedrungen ist, der Anspruch aber in seiner Höhe nicht völlig gutgeheissen wurde und dem Kläger eine genaue Bezifferung des Anspruchs nicht zuzumuten war. Ein Abweichen von der grundsätzlichen Kostenregelung ist hier beispielsweise gerechtfertigt, wenn das zuviel Geforderte verhältnismässig gering war und keine besonderen Kosten verursacht hat. Weiters nennt ZPO 64 III den Fall, wo sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah, so z.B. in personen- und familienrechtlichen Prozessen, wenn eine Partei durch ihr früheres Verhalten den Prozess veranlasst hat (4). Eine abweichende Regelung ist stets auch für die Fälle der ausserordentlichen Kostentragung zu treffen (5).

bb) Die ordentliche Kostenersatzpflicht bei Gegenstandslosigkeit und Vergleich

Das Berufungsverfahren, bzw. die Klage kann gegenstandslos werden, weil der Streitgegenstand untergegangen ist oder das rechtliche Interesse aus anderen Gründen nicht mehr vorhanden ist, z.B. Tod des Ehegatten im Scheidungsprozess. In solchen Fällen hat das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolgen zu entscheiden. Die zürcherische Praxis hält sich je nach den konkreten Umständen an folgende Kriterien: Wer hat die Gegenstandslosigkeit verursacht? Welche Partei hätte vermutlich obsiegt? (6)

- 1 Kass.Ger. 15.3.1971 i.Sa. M-B
- 2 ZPO 64 II
- 3 GVG 157 Ziff. 9
- 4 vgl. ZR 41 Nr. 98, 42 Nr. 24, 50 Nr. 215
- 5 vgl. unten B
- 6 ZR 74 Nr. 31, 67 Nr. 49 u. 113, 65 Nr. 119, 53 Nr. 43

Den Parteien steht es grundsätzlich frei, im Rahmen eines Prozessvergleiches auch die Kosten und Entschädigungsfrage zu regeln. Das Gericht ist aber an diese Regelung dann nicht gebunden, wenn dadurch die Gerichtskasse benachteiligt wird. Dies ist stets dann anzunehmen, wenn eine im Armenrecht prozessierende oder sonst als zahlungsunfähig erscheinende Partei sich zur Uebernahme der Kosten bereit erklärt, ohne dass hierfür materiell treffige Gründe vorliegen (1). Vereinbaren die Parteien, die Kostenverteilung dem Gericht zu überlassen, so soll das Gericht auf Grund des Obsiegens, bzw. Unterliegens den Parteien die Kosten auferlegen. Ebenso ist zu verfahren, wenn die Parteien gegensätzliche Anträge über die Kostenverteilung stellen (2). Nur wenn sich die Parteien im Rahmen des Prozessvergleiches überhaupt nicht über die Kosten aussprechen und auch keine gegensätzlichen Anträge stellen, werden die Kosten in der Regel den Parteien je zur Hälfte auferlegt (3).

II) Ersatzpflicht für aussergerichtliche und vorprozessuale Kosten im Rahmen der ordentlichen Prozesskostenersatzpflicht

Die aussergerichtlichen Kosten werden den Parteien grundsätzlich im gleichen Verhältnis auferlegt wie die gerichtlichen Kosten (4). Das Gericht kann von dieser Regel aus sachlichen Gründen i.S.v. ZPO 64 III abweichen (5) (6). Das gleiche gilt für vorprozessuale Kosten (7).

B) AUSSERORDENTLICHE PROZESSKOSTENERSATZPFLICHT

ZPO 267 I verweist für den Fall, dass durch das Vorbringen von Noven unnötigerweise Kosten verursacht wurden, auf ZPO 66 I. Es handelt sich hier um einen Fall der ausserordentlichen Kostenersatzpflicht, welche stets dann Platz greift, wenn sich eine Partei prozesswidrig verhält, d.h., wenn eine Partei teils schuldhaft, teilst schuldlos durch prozessuale Handlungen oder Unterlassungen, die nicht

- 1 ZR 52 Nr. 48
- 2 ZR 42 Nr. 21
- 3 ZPO 65 II / vgl. Völki, a.a.O., S. 158
- 4 ZPO 68 I
- 5 ZPO 68 I / vgl. oben I b/aa
- 6 vgl. ZR 70 Nr. 123, 58 Nr. 121
- 7 vgl. ZR 72 Nr. 17 u. 60, 70 Nr. 62, 69 Nr. 141

zur zweckentsprechenden Durchsetzung ihrer Rechte notwendig waren, Kosten verursacht (1). Man kann sich nun fragen, welches eigentlich die Kosten sind, welche unnötigerweise verursacht wurden, wenn der Berufungskläger durch das Vorbringen von Noven erreicht, dass das erstinstanzliche Urteil zu seinen Gunsten geändert wird (2): sind es diejenigen des falschen erstinstanzlichen oder diejenigen des richtigen zweitinstanzlichen Urteils (3)?

ZR 60 Nr. 64 und ZR 62 Nr. 91 sprechen von den "Kosten des Berufungsverfahrens". Gestützt auf die ratio legis der ausserordentlichen Kostenersatzpflicht dürfte diese Frage in dem Sinne zu beantworten sein, dass damit alle Kosten und Entschädigungen (4) gemeint sind, welche durch das Zurückhalten der Noven erst- und zweitinstanzlich verursacht worden sind. Hätte die betreffende Partei die Noven bereits in erster Instanz vorgebracht, so wäre sie schon zu diesem Zeitpunkt entsprechend erfolgreich gewesen und hätte in diesem Ausmass keine Kosten tragen müssen. Dieses Resultat erreicht sie bezüglich der erstinstanzlichen Kosten mit der Berufung. Da aber das Berufungsverfahren in diesem Bereich Kosten verursacht, die man hätte vermeiden können, sind diese Kosten des Berufungsverfahrens und nur sie dem obsiegenden Berufungskläger anzulasten. Die obsiegende Partei hat auch diejenigen Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen, welche sie durch ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten, namentlich durch Prozesstrüerei verursacht. Keine Kostenfolgen zieht eine Säumnis bei der Berufungsverhandlung nach sich (5).

- 1 vgl. Ammann, a.a.O., S. 95 f.
- 2 unklar: Schüepp, a.a.O., S. 106 f.
- 3 vgl. Ammann, a.a.O., S. 95 f.
- 4 ZPO 68
- 5 Völki, a.a.O., S. 181 / ZPO 268 II u. III

6. KAPITEL: DIE BERUFUNG IM RECHTSMITTELSYSTEM

(Uebersicht)

§ 19 BEGRIFF DES RECHTSMITTELS

Rechtsmittel sind Rechtsbehelfe, die das Gesetz den Parteien gewährt, damit sie eine Ueberprüfung und gegebenenfalls eine Verbesserung eines gerichtlichen Entscheides durch eine höhere Instanz herbeiführen können (1).

Anlass zur Ergreifung eines Rechtsmittels gibt ein wirklicher oder vermeintlicher Mangel des angefochtenen Entscheides. Dieser Mangel kann entweder in einer fehlerhaften Entscheidung (error in iudicando) oder in einem Fehler des Verfahrens, das zum Entscheid geführt hat (error in procedendo), begründet sein (2).

Error in procedendo liegt insbesondere dann vor, wenn der Tatbestand unvollständig abgeklärt wird, weil Beweismittel zu Unrecht als unzulässig oder verspätet zurückgewiesen wurden; wenn die Vorinstanz falsch besetzt war und, wenn fälschlicherweise auf ein Begehren aus formellen Gründen nicht eingetreten wurde bzw., wenn auf ein Begehren zu Unrecht eingetreten wurde (3).

Error in iudicando liegt dann vor, wenn das Gericht einen Rechtssatz falsch oder zu Unrecht angewendet hat oder, wenn es den Sachverhalt ungenügend untersucht oder unrichtig beurteilt hat (4) (5).

Kein Rechtsmittel ist die Erläuterung (6), da sie nicht eine Aenderung, sondern nur eine Erhellung des Entscheides bezweckt (7). Ebenfalls kein Rechtsmittel ist die Beschwerde (8), weil sie keine Aenderung des Entscheides anstrebt, sondern lediglich die Geschäftsführung des Gerichts bemängelt (9). Das Begehren um Wiedererwägung eines prozessleitenden Entscheides kann nicht an eine übergeordnete Instanz gerichtet werden; es besteht ausserdem kein Anspruch auf Wiedererwägung. Deshalb liegt auch beim Wiedererwägungsbegehren kein Rechtsmittel vor (10).

1 vgl. Guldener, a.a.O., S. 474

2 vgl. Guldener, a.a.O., S. 477

3/4 vgl. Guldener, a.a.O., S. 423

5 Für die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen vgl. Guldener, a.a.O., S. 478

6 GVG 162 ff.

7 vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., A. 1 zu § 176

8 GVG 108

9 vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., A. 1 III zu § 132

10 ZR 41 Nr. 68 / Zr 31 Nr. 195

§ 20 RECHTSMITTELMERKMALE DER BERUFUNG

A) DIE BERUFUNG ALS KANTONALES RECHTSMITTEL

Gemäss BV 64 III ist es grundsätzlich Sache des kantonalen Rechts, Organisation und Verfahren der kantonalen Gerichte zu regeln (1). Im Rahmen bundesprivatrechtlicher Ansprüche handelt es sich dabei um eine verpflichtende, nicht bloss um eine ermächtigende Kompetenz (2).

Die Rechtsmittel des Bundes werden durch das BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) geregelt.

B) DIE BERUFUNG ALS GRUNDSÄTZLICH SUSPENSIVES
RECHTSMITTEL
vgl. § 9 F/II

C) DIE BERUFUNG ALS GRUNDSÄTZLICH REFORMATORISCHES
RECHTSMITTEL
vgl. § 9 F/III

D) DIE BERUFUNG ALS GRUNDSÄTZLICH DEVOLUTIVES
RECHTSMITTEL
vgl. § 9 F/I

E) DIE BERUFUNG ALS ORDENTLICHES RECHTSMITTEL

Die Berufung ist ein ordentliches Rechtsmittel, d.h. im Rahmen der gestellten Berufungsanträge erwächst der angefochtene Entscheid nicht in Rechtskraft, sofern die Berufung nicht zurückgezogen oder darauf nicht eingetreten wird (3). Die ausserordentlichen Rechtsmittel (Nichtigkeitsbeschwerde (4), Revision (5), staatsrechtliche Beschwerde (6) und Revision ans Bundesgericht (7) haben

- 1 Für die zahlreichen Einschränkungen dieses Grundsatzes vgl. Guldener, a.a.O., S. 61 / Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht ZSR 80 II S. 3 ff.
- 2 vgl. Guldener, a.a.O., S. 68
- 3 Guldener, a.a.O., S. 485
- 4 ZPO 281 f.
- 5 ZPO 293
- 6 OG 84
- 7 OG 136

dagegen grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Rechtskraft, es sei denn, der Richter gewähre im Einzelfall die Suspensivwirkung (1) (2).

F) DIE BERUFUNG ALS GRUNDSÄTZLICH VOLLKOMMENES
RECHTSMITTEL

Unter Vorbehalt von ZPO 269 II können alle Mängel der Entscheidung und des Verfahrens mit der Berufung gerügt werden, sowohl bezüglich unrichtiger Tatbestandsfeststellung als auch bezüglich unrichtiger Rechtsanwendung (3). Die Berufung ist daher ein grundsätzlich vollkommenes Rechtsmittel (4), im Gegensatz zur Nichtigkeitsbeschwerde und zur Revision, bei denen eine Ueberprüfung von Verfahren und Entscheid nur in beschränktem Masse zulässig ist (unvollkommene Rechtsmittel) (5).

G) EXKURS: BERUFUNG IM VERHAELTNIS ZUM REKURS

Anhand der genannten Merkmale ergeben sich keine Abgrenzungen gegenüber dem Rekurs (6). Berufung und Rekurs erfüllen im wesentlichen die gleichen Funktionen, jedoch ist die Berufung auf die bedeutenderen und wichtigeren Rechtssteitigkeiten zugeschnitten. Für den Rekurs gilt demnach ein rascheres Verfahren mit kürzeren Fristen und nur einmaligem Schriftenwechsel (7).

- 1 ZPO 286/294/OG 142
- 2 Guldener, a.a.O., S. 485
- 3 ZPO 269
- 4 Guldener, a.a.O., S. 484
- 5 ZPO 281 f./291 f., Guldener, a.a.O., S. 484
- 6 ZPO 271
- 7 vgl. Sträuli/Messmer/Wiget, a.a.O., N. 1, Vorbemerkungen zu § 271

LEBENS LAUF

Ich wurde am 26.7.56 in Basel geboren und bin heimatberechtigt in Willisau-Land (LU). In Luzern besuchte ich Primar- und Mittelschule. 1975 erwarb ich die Maturität Typus B und immatrikulierte mich anschliessend an der juristischen Abteilung der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 20. Juni 1979 promovierte ich zum lic. iur.. Meine Doktorprüfungen beendete ich am 10. Dezember 1980. Seit dem 1. April 1980 bin ich als Auditor am Bezirksgericht Zürich tätig.

